DIREITO CONSTITUCIONAL I

Suzana Tavares da Silva

Direito Constitucional I

Lições actualizadas e adaptadas às necessidades formativas do Espaço Europeu de Ensino Superior

I - Compreender o direito constitucional

1. Âmbito e objecto do direito constitucional
2. Constituição e constitucionalismos
3. Poder constituinte e poder de revisão constitucional
4. As funções clássicas da Constituição
5. Interpretar o texto da Constituição
6. O direito constitucional na internormatividade

II — A Constituição da República Portuguesa

1. Breve alusão à história do constitucionalismo português;
2. Caracterização sumária e sistematização da Constituição de 1976

III — Os princípios fundamentais

1. Princípio da dignidade da pessoa humana
2. Princípio do Estado de Direito
3. Princípio da proporcionalidade
4. Princípio da igualdade

IV — A organização constitucional do Estado Português

1. Princípio do Estado unitário com regiões autónomas
2. Princípio democrático
3. Princípio da separação e interdependência dos poderes
4. Forma de Governo
5. Princípio da independência do poder judicial

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CEDH	Convenção Europeia dos Direito do Homem e do Cidadão
C.R.P.	Constituição da República Portuguesa
GATT	*General Agreement on Tariffs and Trade*
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
i. e.	isto é
ONU	Organização das Nações Unidas
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Nota Prévia

As presentes lições de Direito Constitucional I foram concebidas com o propósito didáctico de servir de manual de estudo aos alunos da Licenciatura em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde esta unidade curricular integra o 1.º semestre do 1.º ano, no respectivo plano de estudos.

Privilegiou-se um texto sintético e despido de referências bibliográficas, onde o aluno pode encontrar uma síntese dos principais temas e problemas escolhidos como conteúdo programático da cadeira, que é depois complementado com um conjunto de sugestões de leitura para diferentes níveis de aprofundamento, de modo a garantir que todos os perfis de estudantes encontram aqui os instrumentos essenciais para a sua formação.

Optou-se, também, por, desde o início, apresentar um conjunto de exemplos actuais e, sempre que possível, apoiados em jurisprudência do Tribunal Constitucional português ou em jurisprudência estrangeira, para que o aluno tome contacto não só com os problemas dogmáticos e teoréticos, mas também com a *law in action*. Trata-se de uma abordagem praxiológica no ensino, que se nos afigura indispensável para estimular os jovens universitários do século XXI a procurar autonomamente, através dos meios digitais a que estão sempre ligados, informações e conhecimentos complementares.

Uma última nota é devida para deixar claro que o *tom do texto* denota que a autora perfilha uma corrente pragmática do constitucionalismo. Que vê na Constituição um

ainda relevante documento de identidade e cultura nacional e um instrumento pactício entre os indivíduos que fazem a nação, os quais incumbe de relevantes missões no governo das suas vidas e das vidas das gerações vindouras, no quadro da liberdade e da responsabilidade que emerge das conquistas democráticas. Um governo de escolhas cada vez mais limitadas pela internormatividade que se entretece nos planos global, internacional, europeu e nacional e que, por essa razão, reclama uma Constituição de ordenação do político e não das políticas, de protecção contra-maioritária de minorias e não de *enforcement* de activismos, de correcto ordenamento da separação e interdependência dos poderes e não de judicialização do sistema, de promoção da cultura do diálogo institucional e não da promoção de poderes institucionais ocasionais.

Coimbra, Agosto de 2016

Suzana Tavares da Silva

I. COMPREENDER O DIREITO CONSTITUCIONAL

O direito constitucional é um ramo especial do direito público interno, cujo estudo pressupõe a correcta compreensão das suas especificidades, sobretudo enquanto "estatuto normativo do político". Quer isto dizer que não se trata de um ramo do direito que procura regular as relações jurídicas entre os particulares ou entre os particulares e o poder público, nem entre os Estados ou os Estados e as entidades com personalidade jurídica à luz do direito internacional, mas sim *disciplinar* o próprio *modo de exercício do poder* pelos órgãos do Estado, assegurando a *validade* dos actos praticados por estes nas suas relações entre si, com os cidadãos nacionais e estrangeiros e mesmo no âmbito da aplicação de direito de fontes externas no plano do direito interno, como o direito internacional e o direito europeu.

O estudo do direito constitucional estende-se para lá do estudo do próprio direito, pois tem intrinsecamente associada uma *dimensão histórica* — estudar o direito constitucional de um Estado é estudar também a sua história — e uma *dimensão cultural* — estudar o direito constitucional de um povo é estudar também a sua realidade político-socio-cultural.

1. Âmbito e objecto do direito constitucional

O estudo do direito constitucional deve iniciar-se por uma clara e correcta compreensão do seu *âmbito* e do seu *objecto*.

Em relação ao *âmbito do direito constitucional*, devemos sublinhar que, no plano territorial, se trata de um *direito estadual*,

no sentido de ser um direito cujo âmbito de aplicação se encontra, em princípio, circunscrito ao espaço territorial do Estado português, pois é aqui que o direito constitucional pode fazer prevalecer a sua ordem de valores.

> Por exemplo, quando se analisa a constitucionalidade de questões como as condições de admissibilidade da interrupção voluntária da gravidez (*cf.* acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 25/84, 85/85 e 75/2010) esta análise limita-se aos actos praticados em território português.

Todavia, verificamos que em certas circunstâncias, e por causa da sua especial vocação normativa e função de validade global, o direito constitucional apresenta certas *pretensões de regulação de relações jurídicas com efeitos transestatais*.

> Por exemplo, "só admite a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada" e "não admite a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física " (artigo 33.º/4 e 6 da C.R.P.).

Já no *plano subjectivo*, é um direito que regula as relações de direito público entre órgãos de soberania

> Por exemplo, a necessidade de o Presidente da República ter o assentimento da Assembleia da República para se ausentar do território nacional — artigo 163.º/*b* da C.R.P.

entre estes e outros órgãos representativos do poder político,

> *Por exemplo*, compete à Assembleia da República, mediante lei, estabelecer outras formas de organização territorial autárquica, para além das freguesias, dos municípios e das regiões administrativas nas grandes áreas urbanas e nas ilhas — artigos 164.º/*n* e 236.º/3 da C.R.P.

entre o poder público e os cidadãos em matéria de direitos fundamentais

> *Por exemplo*, a possibilidade de uma escola pública inserir no respectivo programa o ensino facultativo de uma qualquer religião, o que só pode ser proibido no caso de existir um fundamento de interesse público que justifique essa proibição — artigo 41.º/5 da C.R.P.

entre o poder público e os administrados

> *Por exemplo*, o direito de acesso a um registo administrativo pessoal por parte do aluno a quem aquele registo se reporta, o qual só pode ser impedido no caso de existir um fundamento de interesse público que justifique a recusa do referido acesso— artigo 268.º/2 da C.R.P.

entre os particulares entre si em matéria de direitos fundamentais (artigo 18.º/1 da C.R.P.)

> *Por exemplo*, a obrigação de um estabelecimento de ensino privado aceitar a inscrição de qualquer aluno, não podendo recusar-se a aceitá-lo com fundamento na situação económica dos pais ou na circunstância de um dos progenitores ser homossexual — artigo 18.º/1 da C.R.P.

e entre poder público e cidadãos estrangeiros e apátridas, bem como entre estes e os cidadãos nacionais e entre estes entre si em matéria de direitos fundamentais (artigo 15.º da C.R.P.).

> *Por exemplo*, o direito a realizar o aborto em estabelecimento de saúde do SNS por uma cidadã francesa residente em Portugal (artigo 15.º/1 da C.R.P.); o direito de um aluno estrangeiro residente em Portugal a inscrever-se num estabelecimento privado de ensino, não podendo o mesmo ser recusado com o fundamento de o aluno

ser estrangeiro (artigos 15.º/1 e 18.º/1 da C.R.P.); não é admitido nem reconhecido o casamento poligâmico entre dois cidadãos marroquinos em Portugal, apesar de a lei civil marroquina admitir e regular este tipo de casamento, o que significa que no exercício do direito ao reagrupamento familiar por parte dos imigrantes residentes em Portugal apenas um dos cônjuges pode beneficiar desse direito.

Por último, no *plano material*, é um direito baseado num *princípio de supremacia* sobre as restantes normas do ordenamento jurídico (a Constituição como "norma suprema") e, nessa medida, condição de validade constitucional das mesmas.

Este plano é por vezes confrontado com o *plano histórico* e com o problema da 'validade constitucional' das normas jurídicas anteriores à entrada em vigor da Constituição, mas também aqui a solução é a da prevalência do direito constitucional sobre o direito ordinário pré-constitucional, o que significa que este mantém a respectiva vigência, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados (artigo 290.º/2 da C.R.P.).

Por exemplo, no acórdão do TC n.º 159/2007, discutia-se a conformidade constitucional do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 547/74, de 22 de Outubro, relativa ao regime jurídico do arrendamento rural — uma norma adoptada durante o "momento revolucionário" e que tinha como objectivo permitir aos arrendatários rurais obterem a propriedade das terras arrendadas — questionando-se se este regime jurídico, que, entretanto, não havia sido revogado, seria conforme aos princípios e regras consagrados na Constituição de 1976.

No aresto em referência, o Tribunal Constitucional concluiu pela conformidade constitucional da norma, considerando que "o que a Constituição proíbe é, desde logo, a ablação do direito de propriedade, sem que os actos que a consubstanciam estejam suficientemente ancorados em outras normas ou princípios constitucionais dos

> quais resulte a necessidade da ablação da propriedade", e como neste caso o direito à obtenção da propriedade pelo arrendatário era acompanhado do pagamento de um preço (cujos critérios de fixação foram considerados justos pelo Tribunal) e tinha como fundamento a garantia da função social da propriedade, a solução, mesmo sendo um produto do momento revolucionário pré-constitucional, foi considerada pelo Tribunal Constitucional conforme com as regras e princípios constitucionais.

O *objecto do direito constitucional* é especialmente abrangente, apesar de *fragmentário*. Queremos com isto dizer, como veremos melhor a propósito do estudo das funções da Constituição, que a pretensão do direito constitucional não é a de regular de forma detalhada e aprofundada um determinado tipo de relações jurídicas, mas antes a de estabelecer os quadros normativos essenciais de todas as áreas do direito positivo.

O objecto do direito constitucional, intimamente associado ao conteúdo de uma Constituição, não é o mesmo em todos os modelos jurídico-culturais. Para além da inevitável historicidade ligada ao constitucionalismo, também as dimensões socioculturais e políticas contribuem para a densificação do objecto do direito constitucional de cada Estado.

É, contudo, possível afirmar hoje — na esteira do artigo 16.º da Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão (1789) onde se pode ler que "a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição" — a presença de dois postulados essenciais na determinação do conteúdo de uma Constituição no âmbito dos modelos do constitucionalismo ocidental europeu:

i) a *separação, limitação e interdependência dos poderes* (por isso a Constituição contempla as regras de organização e funcionamento dos órgãos do poder político — *v.* ponto IV deste curso);

Por exemplo, é a Constituição que define matérias como a identificação dos órgãos de soberania em Portugal (artigo 110.º da C.R.P.), as condições de elegibilidade do Presidente da República e o modo como é eleito (artigos 122.º e 126.º da C.R.P.), o modo como se forma o Governo (artigo 187.º da C.R.P.) as competências de cada um dos órgãos de soberania (artigos 133.º, 134.º, 135.º, 161.º, 162.º, 163.º164.º 165.º, 197.º 198.º, 199.º… da C.R.P.) — e é o estudo aprofundado e comparado destas regras que permite caracterizar a forma de Governo da República Portuguesa.

e a

ii) fundação da normação jurídica (da regulação normativa) *na dignidade da pessoa humana* (por isso a Constituição contempla limites balizadores das opções dos órgãos representativos da vontade popular na prossecução do interesse público e na formação das políticas públicas, assim como impõe limites às liberdades individuais sempre que o seu exercício contenda com aquele valor).

Por exemplo, a Constituição proíbe a pena de morte (artigo 24.º/2 da C.R.P.), a tortura (artigo 25.º da C.R.P.), assegura a liberdade de expressão (artigo 37.º da C.R.P.), a liberdade de criação de escolas particulares e cooperativas (artigo 43.º da C.R.P.), proíbe o despedimento dos trabalhadores por motivos políticos ou ideológicos (artigo 53.º da C.R.P.) — neste particular, cada ordenamento jurídico-constitucional pode ter diferentes perspectivas sobre a forma como deve regular os direitos fundamentais, não obstante, como veremos mais à frente, o movimento dos direitos humanos, originário do direito internacional, ter contribuído de forma significativa para um certo nivelamento, através da fixação de *standards* considerados essenciais.

Entre nós, o objecto de estudo do direito constitucional abrange:

i) os *princípios* que configuram o quadro dos valores jurídico-normativos do Estado português — artigos 1.º a 11.º da C.R.P.

ii) as normas relativas a *direitos fundamentais* — artigos 12.º a 79.º da C.R.P.

iii) as normas sobre *organização económica*, hoje maioritariamente desactualizadas e caducas, principalmente após a adesão de Portugal à União Europeia — artigos 80.º a 107.º da C.R.P.

iv) as normas sobre a *organização do poder político*, incluindo as regras sobre o *funcionamento das instituições políticas* e sobre as *fontes jurídico-normativas nacionais*, sendo esta a parte mais extensa da Constituição e aquela que constitui uma parte significativa do seu núcleo central de regulação — artigos 108.º a 278.º da C.R.P.

v) os instrumentos de garantia da força normativa da Constituição, nos quais se incluem os processos de controlo de constitucionalidade e de ilegalidades qualificadas e de revisão da Constituição — artigos 277.º a 289.º da C.R.P.

2. Constituição e constitucionalismos

Podemos definir o *constitucionalismo* como uma teoria da organização político-social que faz repousar as garantias individuais na existência de um limite ao poder de governo. Um problema que surge intimamente associado, primeiro, à transição da época medieval para o Estado moderno e ao nascimento da "ideia de Estado"[1], e, mais

[1] Não existe um consenso entre os historiadores em relação ao fim da época medieval e início da época moderna, para alguns, esse momento deve coincidir com o fim do Império Romano do Oriente (1453 – data da conquista de Constantinopla pelos turcos otomanos), para outros, com as descobertas marítimas (com a chegada de Cristóvão Colombo à América – 1492 – e a chegada de Vasco da Gama à Índia – 1498) e para outros, ainda, com o fim da Guerra dos Cem Anos, que deu início a um novo tipo de conflitos na Europa, mais centrados na luta entre Reinos.

tarde, à influência dos postulados Iluministas, que libertaram o Homem de estruturas sociais desiguais e estratificadas, baseadas em poderes sobre-humanos (divino, nobiliárquico), mas trouxeram uma questão nova: numa estrutura social assente nos valores da "liberdade, igualdade e fraternidade" (para recuperar o *slogan* da Revolução Francesa), como se organiza e limita o poder?

O que podemos denominar como *"conceito ocidental de Constituição"* (na expressão de Rogério Soares) tem subjacente uma distinção entre *constituição material* – ou seja, o conjunto dos valores que conseguem agregar os indivíduos de uma determinada comunidade e imprimir-lhes uma sensação de pertença, comunhão e identidade – e *constituição formal* – que mais não é do que o texto da lei fundamental, ao qual se reconhece superioridade no ordenamento jurídico interno. E o que verdadeiramente dá sentido ao constitucionalismo (ao processo de criação/revelação de uma Constituição) é a sua dimensão material, os valores e os princípios com que todos se identificam para lá da palavra escrita e que repousam numa ideia racional de Homem e de justiça.

No essencial, o constitucionalismo é uma *resposta normativa* aos problemas que tradicionalmente constituem o objecto de estudo da filosofia política, tais como: *i)* assegurar a transição de um "estado da natureza" em que os homens se sentem ameaçados pelos outros homens, para uma "sociedade civil", em que um pacto social permite estabelecer limites e assegurar direitos (Hobbes); *ii)* formalizar um modelo de contrato social que corresponda, não apenas à "comunhão de uma vontade geral" (Rousseau), mas também a uma "ideia de razão prática", ou seja, a um valor universal assente no "imperativo

---

Seja qual for o "episódio histórico" que está na base deste período, o fundamental é a "ideia de Estado" que o caracteriza, essencialmente centrado na pessoa do Monarca e na concentração de poderes na sua figura – o Estado absolutista.

categórico" (Kant); *iii)* limitar o poder do Estado (afinal uma organização abstracta de homens) perante os indivíduos (Locke); *iv*) limitar o poder de ingerência das maiorias em relação a aspectos da autonomia privada (Foucault) e da autodeterminação pessoal (Nozick); *iv)* impor um modelo de justiça numa sociedade que é idealmente constituída por iguais, mas onde a promoção da igualdade de oportunidades pressupõe um 'véu de ignorância' (Rawls) ou um acesso incondicional a instrumentos de 'capacitação' (Sen); *v)* construir um projecto político assente em valores democráticos e na participação livre e plural (Habermas).

Ora, a normativização destes processos político-sociais surge intimamente associada, como já dissemos, a dimensões histórico-culturais dos povos e das suas organizações político-territoriais. Como ensina Rosenfeld, não há uma resposta unívoca à pergunta: *quem é o sujeito constitucional?* Ela depende da perspectiva — sabendo nós que o constitucionalismo é um processo e não um facto, nele encontramos diversos sujeitos, uns na perspectiva pré-constitucional (o fundamento do momento constituinte), outros na perspectiva do momento constituinte (os que participam da elaboração da Constituição) e outros ainda na perspectiva da vigência constitucional (aqueles que aceitam a Constituição e a tomam como válida e a aplicam) — e depende da historicidade.

Em regra, a Constituição é um instrumento pactício entre iguais, ou pelo menos foi esse o significado dominante no Ocidente a partir das revoluções liberais norte-americana e francesa — é a afirmação de uma "identidade constitucional", que um "povo" se auto-outorga e se auto-impõe no contexto de um "empreendimento colectivo" (Tushnet, 2006) —, mas nem todos os constitucionalismos respondem a esta identidade. Desde logo os constitucionalismos mais antigos tendem a revelar-se instrumentos pactícios entre partes desiguais.

Com efeito, os documentos pactícios do *constitucionalismo britânico*, cujo surgimento, em regra, se associa ao séc. XIII — *Magna Charta* de 1215, *Petition of Right* de 1628, *Abolition of Star Chamber* de 1641, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1689 —, não são documentos firmados entre sujeitos iguais, o que explica a identidade deste modelo. Modelo onde, de resto, não existe um texto escrito (uma Constituição escrita), ou, pelo menos, uma versão oficial desse texto, embora as fontes constitucionais deste modelo estejam consagradas em diversos textos históricos (denominados, no seu conjunto, *'statutes'*) que datam da era pré-moderna[2].

Os documentos antes mencionados são a expressão de um *modelo pragmático de constitucionalismo*, assente na ideia de que a limitação do poder (do monarca e dos *lords*) seria assegurada pelo parlamento, o qual, constituído como órgão representativo da população, seria a instância adequada para garantir o comprometimento do exercício do poder com os ditames da *"Rule of Law"* — expressão complexa, cujo significado é mais denso que a mera subordinação do Estado ao Direito, e na qual se inclui, historicamente, a protecção de direitos e liberdades fundamentais. Neste modelo, o poder judicial (e o *due process of law*) tem um papel muito relevante, pois nos sistemas de *common law*, contrariamente ao que sucede nos modelos de *civil law,* como o nosso, a decisão judicial vai além da mera hermenêutica dos textos normativos, assumindo um papel constitutivo do próprio direito. Isso explica que na essência da caracterização jurídico-cultural deste modelo se encontre um sistema de permanente busca do equilíbrio de poderes entre o legislativo e o judicial, no que respeita à "última palavra" do Direito.

---

[2] Também Israel — um Estado fundado como tal apenas em 1948 — não dispõe de um Constituição escrita, não obstante o *Israel Supreme Court* realizar um controlo de constitucionalidade dos actos do Estado, baseado nas *Basic Laws* do Estado que, em sua opinião, são a Constituição do Estado de Israel.

> *Por exemplo*, em 2009, entrou em funções no Reino Unido o *Supreme Court of the United Kingdom,* criado pela *Constitutional Reform Act 2005*, que assim materializou uma proposta muito discutida, de retirar da *House of Lords* as funções judiciais que até aí vinha desempenhando, no contexto de um controlo em última instância da "validade material" dos actos do Estado, incluindo, com algumas limitações, os actos do poder legislativo. Porém, como a identidade deste modelo assenta no parlamentarismo, os poderes que foram atribuídos ao *Supreme Court of the United Kingdom* não abrangem a possibilidade de "anular" todos os actos legislativos (fica vedado este tipo de controlo em relação à *primary legislation*), mas permitem a emissão de "declarações de incompatibilidade" entre os actos legislativos do Parlamento e a *Human Rights Act 1998* (uma espécie de lei de valor paramétrico superior, que consagra direitos, liberdades e garantias, de entre os consagrados na Convenção Wuropeia dos Direitos do Homem). Trata-se de um modelo de constitucionalismo assente no respeito pelos valores fundamentais, mas onde a efectivação desse controlo é assegurada de modo pragmático e pela via do diálogo institucional. Uma marca que se espalhou também a outros sistemas, hoje denominados como *constitucionalismo da Commonwealth,* onde se incluem, também, o Canadá e a Nova Zelândia.

Já os *constitucionalismos revolucionários* do séc. XVIII, entre os quais se inscrevem o *norte-americano* e o *francês*, são os primeiros exemplos de pactos entre iguais, não obstante as diferenças assinaláveis que existem entre ambos.

No caso do *constitucionalismo norte-americano* — cronologicamente primeiro e para alguns autores influenciador do segundo — não se pode dizer que tenha verdadeiramente existido um pacto (um contrato social) entre os nacionais norte-americanos para a criação de uma nova ordem político-social. Com efeito, o sujeito "*we the people*", em nome de quem é assinada a Constituição Norte-Americana de 1787, aprovada pela Convenção Constitucional de Filadélfia, não é um povo unitário, mas antes,

como afirma Rosenfeld, um sujeito nacional a construir no futuro a partir do *'melting pot'* multi-étnico, multi-cultural e multi-religioso, que era (e ainda hoje é) a sociedade norte-americana, maioritariamente integrada por imigrantes de outras nacionalidades.

No momento constituinte, os *Founding Fathers,* que representavam os 13 Estados da Confederação, não tinham um projecto de sociedade em mente, mas apenas um projecto político, inscrito no processo de construção de uma federação que superasse as dificuldades que o modelo de confederação enfrentava e assim respondesse aos importantes desafios que emergiam do contexto pós-independência dos Estados Unidos. Se analisarmos este processo constituinte, veremos que as questões eram exclusivamente de governabilidade política, económica e financeira, e que o projecto só foi bem-sucedido graças à postergação (para momento posterior) da solução de questões ligadas a direitos fundamentais, desde logo a escravatura.

Assim, o que 'passa' desta experiência para o *constitucionalismo francês* é, sobretudo, a ideia de liberdade e de autogoverno, que neste caso representa a libertação não de um poder colonial opressor, mas sim da opressão de um modelo social baseado em classes, que vinha da época medieval. No caso francês, a preocupação em superar esta questão justifica a criação de uma identidade subjectiva nova pelos revolucionários — o *povo-nação* interpretado como uma entidade abstracta subordinada às mesmas leis e representada nos mesmos órgãos (concepção de Sieyès) — capaz de corporizar os ideiais da Revolução ("liberdade, igualdade e fraternidade"). Esta *criação política* do *povo-nação* foi também ela um fenómeno prévio com propósitos constitutivos, pois só muito mais tarde é que se pode afirmar a existência de uma nação francesa, em que todos comungavam a mesma identidade cultural, desde logo a mesma língua[3].

[3] Assinalam-se assim as diferenças em relação ao *constitucionalismo*

Sublinhe-se que o *constitucionalismo*, exactamente por ter uma natureza constitutiva e pactícia, é uma teoria que só tem sentido se consubstanciar um *pacto entre desiguais*, seja entre verdadeiros desiguais no sentido do modelo britânico que se inicia no séc. XIII, seja entre desiguais que abstractamente se consideram iguais, mas que numa perspectiva individualista se vêem desiguais entre si. Não faria sentido falar de um momento ou de um movimento constituinte, por exemplo, na fundação de uma religião, pois neste caso os que comungam a mesma fé são iguais dentro dessa fé e prosseguem o mesmo objectivo, tarefa para a qual não precisam de um 'arranjo de governo ou de poder'. O mesmo sucede com os modelos sociopolíticos do socialismo e do comunismo, que por assentarem na imposição não democrática de um modelo de Estado e de Sociedade dispensam o momento pactício. O *constitucionalismo* só faz sentido nos momentos fundantes da liberdade dos indivíduos.

De resto, é precisamente esta *ideia pactícia* do *constitucionalismo* que continua prevalecente nas constituições do séc. XX e XXI.

É certo que, no século XX, fruto dos problemas políticos associados às crises económicas que estão também na origem das duas Grandes Guerras, surge uma tendência de acrescentar ao *constitucionalismo* soluções para novos problemas da filosofia política, ligados à relação entre o Estado e a economia e entre a economia e a política, no contexto de um movimento que ficou conhecido como *neoconstitucionalismo*. Algumas Constituições — entre as quais se inclui a Constituição Portuguesa de 1976, na sua versão original, e boa parte das constituições da América do Sul aprovadas por ocasião dos movimentos de descolonização que se seguiram à II.ª Guerra Mundial

germânico, que desde sempre teve um suporte subjectivo claro, assente na identidade étnica germana, baseada na partilha da mesma língua, da mesma cultura, etc.

— passam então a incluir normas sobre a programação política da economia, reservando para o Estado a direcção da mesma, pervertendo, em grande medida, o sentido original do próprio constitucionalismo.

Mas ainda no século XX, e sobretudo na Europa, outras experiências constituintes revelaram novas características que complementam o sentido do *constitucionalismo* na sua vertente de fenómeno pactício, entre eles destacamos: *i)* o *modelo espanhol de constituição multi-regional* ('multi-étnica' na expressão de Rosenfeld), em que a superação de um regime ditatorial que reprimira nacionalismos pela força é substituído por um *pacto constitucional*, que propõe um sistema de governo fortemente regionalizado (as "comunidades autónomas") para satisfazer as expectativas de autonomia fundadas em diferenças regionais de base geográfica e étnica (sobretudo os problemas dos bascos e dos catalães); *ii)* o *modelo constitucional dos ex-países comunistas que transitam para regimes democráticos*, como é o caso da República Checa (1992), da Eslováquia (1992) e da Bulgária (1991), onde a 'nova realidade democrática' assentava sobre uma componente constitutiva de um novo projecto económico-social, acordado a nível político internacional, sob a égide da liberdade e da economia de mercado, nem sempre acompanhado pela participação directa de todos os cidadãos; *iii)* o *modelo sul-africano de constituição,* construído sobre alguns pressupostos materiais essenciais de um novo projecto sociopolítico, como o respeito pela dignidade humana — é pelo menos essa a principal característica apontada à Constituição da África do Sul e à sua *identidade reflexiva* (a aspiração de mudança face ao passado, concebida sob uma metodologia dialógica[4]); e *iv)* a rejeição *da Constituição para a Europa*, um projecto em

[4] No preâmbulo da Constituição da África do Sul pode ler-se o seguinte: *"We, the people of South Africa, Recognise the injustices of our past; Honour those who suffered for justice and freedom in our land; Respect those who have worked to build and develop our country; and Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity"*.

forma de Tratado, apresentado em 2004, no seguimento da Convenção que reuniu membros de todos os Estados-Membros e das Instituições Europeias, e que representaria também um marco relevante no sentido de mostrar a rejeição de uma solução constituinte para um projecto que não é efectivamente de um Estado-nação, mas apenas de governação de políticas a nível supranacional. Uma realidade que acabaria por ser confirmada no contexto da aprovação do Tratado de Lisboa (2007), que aprofundou ou poderes das Instituições Europeias, bem como a sua legitimação democrática, assim como, mais recentemente, com a aprovação do Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária (2012), que aprofunda as restrições em matéria de livre exercício da política orçamental nacional.

Já no século XXI, encontramos algumas experiências constituintes *sui generis,* reconduzíveis à expressão de um *constitucionalismo heterónimo*, construídas a partir de *inputs* das instituições internacionais, como é o caso da Constituição da República Democrática de Timor-Leste (2002), elaborada sob um mandato da ONU.

3. Poder de criar uma Constituição e o poder de rever o texto constitucional

Compreendida a Constituição moderna como um instrumento essencial para a construção de uma ordem jurídica baseada na limitação do poder a partir de um texto fundamental, abandonam-se as teses da legitimação do exercício do poder na existência de um poder supra-humano ou divino, como acontecia no caso das ordens normativas de base confessional, e os modelos em que a avaliação da legitimidade/validade do exercício do poder era confiado a certas categorias de homens, como acontecia no 'constitucionalismo antigo'.

E assente que esse texto — a Constituição — é condição essencial para a garantia dos direitos individuais, importa agora enfrentar o problema da *legitimação* ou da *legitimidade do poder de criar uma Constituição*, ou seja, saber quem, como e segundo que regras pode aprovar uma Constituição e assegurar a sua eficácia ou mesmo promover a sua modificação (*poder de revisão constitucional*).

3.1. Vicissitudes do poder de criar uma constituição

Se atentarmos na circunstância de que o *poder de criar ex novo* uma Constituição se apresenta, fundamentalmente, como um exercício de poder para a regulamentação dos limites ao exercício futuro do poder pelos órgãos do Estado (na feliz expressão do constitucionalismo norte-americano é um *'framing power'*), percebemos que o poder de criar a Constituição é um poder que precede a existência do quadro jurídico limitador do poder, o que nos pode levar a pensar que este é um fenómeno *a-jurídico*, por se tratar afinal de um poder *pré-jurídico*.

E de facto é, maioritariamente, assim, sobretudo nas denominadas "constituições revolucionárias", ou seja, aquelas que procuram criar uma ordem jurídica nova, rompendo expressamente com a ordem jurídica precedente, o que pode suceder, inclusive, na sequência de uma declaração de independência. Estes movimentos revolucionários, que muitas vezes precedem e estão na origem dos momentos constituintes, põem em evidência a dificuldade e relativa arbitrariedade que existe na distinção entre a condenação de certos indivíduos ou grupos de indivíduos por crimes como a traição à pátria (para utilizarmos um exemplo do código penal português, no artigo 308.º) ou a sua elevação ao estatuto de heróis da independência.

> *Por exemplo*, veja-se o caso de Simón Bolivar, que liderou a revolução Venezuelana de 1813, assegurando a independência daquele país em relação à Espanha, mas que se não tivesse alcançado o que pretendia — a ruptura com a ordem de poder anterior — certamente teria sido julgado e condenado por traição à pátria, razão pela qual, durante o período revolucionário ainda se viu obrigado a pedir exílio na Jamaica.

Trata-se de uma distinção que, sobretudo em momentos históricos com uma densidade normativa da ordem jurídica internacional muito inferior à actual, acabava por ser essencialmente ditada pelos acasos dos acontecimentos de facto e não por razões de natureza jurídica, o que dificultava a fundamentação da questão da legitimidade deste poder.

E apesar de as instituições internacionais, como a Organização das Nações Unidas, desempenharem actualmente um papel muito relevante no controlo formal e material destes movimentos revolucionários, as dificuldades subsistem, pois, por um lado, o poder de ingerência na vida interna dos Estados tem também limites relevantes (a diplomacia não é uma panaceia para tudo), e, por outro, nem sempre é fácil avaliar os argumentos das partes.

> *Por exemplo*, vejam-se as dificuldades que estas instituições enfrentam actualmente, em 2016, no âmbito do conflito na Síria, entre os rebeldes e os partidários de Bashar al-Assad, e também no caso da tentativa de golpe de Estado na Turquia, que tem fundamentado a adopção pelo poder instituído de diversas medidas polémicas, como a prisão de magistrados.

Mas a história, e sobretudo a história mais recente, tem-nos revelado inúmeras e diversas expressões do exercício do poder de criar uma constituição.

Tradicionalmente, a questão da *legitimidade* do poder de criar uma constituição era explicada, nos modelos continentais-europeus, a partir do conceito de "poder

constituinte originário", associado às teses do abade de Sieyès, para quem o poder constituinte de criar uma constituição (*'pouvoir constituant'*) se distinguia do poder de legislar (*'pouvoir constitué'*), uma vez que o segundo obedecia a regras pré-determinadas pelo primeiro, ao passo que o primeiro era a expressão directa do poder do povo, entendido este como uma unidade indivisível e soberana. Algo que, se já não fazia muito sentido à época do momento constituinte francês de 1789, se apresenta ainda menos sustentável segundo os actuais quadros normativos.

Com efeito, mesmo num momento revolucionário, em que a expressão do poder é de um poder de facto (pré-jurídico), não devemos aceitar de modo acrítico, com base em construções filosóficas sobre o titular do poder soberano, que o resultado desse momento revolucionário seja, em si, uma nova ordem legítima. Isso seria aceitar a tese decisionista Schmittiana — para Carl Schmitt o exercício de um poder constituinte está inerentemente legitimado a exercer um momento desconstituinte, de ruptura com a ordem jurídica anterior, sem necessidade de respeitar regras ou procedimentos.

Em outras palavras, nem o povo titular do poder constituinte é uma unidade indivisível, nem o momento revolucionário legitima rupturas totais com a normatividade vigente. Pelo contrário, é essencial ter presente que em todos estes momentos revolucionários existem grupos que são também representativos da Sociedade e que são, em regra, excluídos do momento legitimador. Por isso, a *legitimidade do poder de criar uma Constituição* tem e não pode deixar de ter uma forte componente processual, ou seja, o resultado é legitimado pelo processo seguido para a criação da Constituição e não apenas pela "legitimação revolucionária".

O *processo constituinte* é, assim, a principal fonte da legitimação do poder de criar uma constituição. E o *devido*

processo constituinte é também o que permite distinguir a verdadeira expressão do poder popular constituinte (mesmo que esta seja sempre imperfeita) dos *pronunciamentos constitucionais*, em regra levados a cabo por juntas militares — *i. e.*, daquelas situações em que órgãos que elaboram e outorgam documentos que pretendem fazer prevalecer com a força de uma Constituição, mas sem que na respectiva elaboração tenham participado representantes do povo.

Tradicionalmente distinguiam-se três processos constituintes democráticos: *i) processo constituinte representativo*, mediante a eleição de uma *assembleia constituinte*, a qual poderia dispor de poder para elaborar e aprovar a Constituição (caso em se denominaria *soberana*) ou apenas de poder para elaborar a Constituição, que seria posteriormente referendada pelo povo (caso em que a assembleia constituinte se consideraria não soberana); *ii) processo constituinte directo*, em que um projecto de constituição é apresentado e referendado pelo povo; e *iii) processo constituinte plebiscitário*, em que a Constituição é elaborada por um conjunto de técnicos e posteriormente plebiscitada. E haveria um *processo constituinte* não democrático em que o "chefe de Estado" ou o monarca outorgaria a Constituição.

Mas esta visão tradicional do *processo constitucional* é, sobretudo hoje, divorciada da realidade.

> Em primeiro lugar, aqueles modelos nunca existiram na sua forma pura. É muito difícil que uma Constituição seja toda ela redigida de forma colectiva, o mais comum é a existência de um ou vários projectos elaborados por intelectuais destacados, ou, pelo menos, a delimitação de um conjunto de propósitos (por exemplo, uma orientação ideológica) e de "escolhas técnicas" (por exemplo, modelo federalista ou unitário, sistema político parlamentar ou presidencial) por elites intelectuais, que são posteriormente trabalhadas por comissões técnicas

> constituídas no âmbito das assembleias constituintes e, por último, em muitos casos, referendadas.

Em segundo lugar, a história mostra que a combinação de diferentes componentes processuais e por diversas ordens é uma prática comum e que depende das especificidades políticas do momento constituinte — se a Constituição de Weimar, de 1919, se apresentou como uma normativização posterior de uma mudança de regime no seguimento do fim da I.ª Guerra Mundial, por ocasião da Revolução de 1918; já a Constituição Italiana de 1947 foi aprovada na sequência do referendo de 1946, pelo qual o povo escolheu o regime Republicano, em substituição da Monarquia existente; e a Constituição Francesa de 1946, que surge no seguimento da vitória da II.ª Guerra Mundial, é o resultado de um processo complexo, pelo qual De Gaulle chamara o povo a pronunciar-se sobre a restauração da ordem jurídica em vigor na Terceira República (antes da invasão Nazi e da instauração do Regime de Vichy, então declarado nulo) ou pela criação de uma nova ordem jurídica. A consulta popular legitimou a constituição de uma Assembleia constituinte, que preparou uma Constituição, a qual foi depois referendada pelo povo.

Em terceiro lugar, esta visão da história não abrange de forma integral a explicação do movimento constituinte norte-americano, e do seu complexo processo constituinte durante a Convenção de Philadelphia. Apesar de, também aqui, podermos identificar um radical revolucionário, a verdade é que esta é uma Constituição cujo principal propósito assentava na construção de um novo modelo de organização política, que consubstanciava a transição de uma confederação para um Estado Federal.

Em quarto lugar, não podemos esquecer os movimentos e processos constitucionais que recentemente têm lugar sob o patrocínio e a intervenção da ordem jurídica internacional, em especial da Organização das Nações

Unidas, no seguimento de acções de pacificação dos territórios, que envolvem, em regra, limitações à livre expressão do poder constituinte. É o caso, da Constituição da Bosnia e Herzgovina, a qual constitui o anexo IV do Tratado de Paz (*Dayton Agreement*), assinado em 1995, e que em boa verdade se aproxima mais de um pacto internacional do que de uma verdadeira Constituição. Talvez por isso, o próprio Tribunal Constitucional daquele Estado (que integra também juízes estrangeiros), ao analisar e discutir o sentido da titularidade do poder constituinte expresso no preâmbulo, considerou que era um poder dos povos aí mencionados (Sérvios, Croatas e Bósnios) pactuado no âmbito internacional, uma vez que essa fora a fórmula adoptada consensualmente no âmbito do Acordo de Paz. Todavia, esta solução viria a colocar diversos problemas, quer em matéria de conformidade com a CEDH no que respeita à titularidade de direitos civis e políticos[5], quer em relação ao exercício do poder de revisão constitucional. Também neste rol podemos incluir a Constituição da República Democrática de Timor-Leste, de 2002, que sendo o resultado de uma Assembleia Constituinte é também o resultado de um processo guiado pela Nações Unidas na transição do país para a independência, mais concretamente, é o resultado da materialização de um conjunto de imposições da ONU.

Por último, o conceito tradicional também não abarca experiências constituintes mais complexas, como a da Constituição da África do Sul de 1996, um processo constituinte *pós-apartheid*, no qual se estabeleceram limites materiais ao exercício do poder constituinte pela

[5] Este problema foi discutido no caso *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (Proc. 27996/06 e 34836/06) onde se colocou o problema da validade da cláusula de inelegibilidade de dois cidadãos da Bosnia e Herzgovina, que não integravam nenhuma das três nacionalidades previstas na Constituição como necessárias para a elegibilidade para cargos políticos, tendo o TEDH considerado que esta limitação violava os artigos 14.º da CEDH, 3.º do Protocolo Adicional n.º 1 e 1.º do Protocolo n.º 12.

assembleia constituinte, expressos em princípios a observar por aquela no texto da Constituição, e que seriam controlados pelo Tribunal Constitucional, que chegou mesmo a chumbar o primeiro *draft* de Constituição, por considerar que não respeitava os referidos princípios.

3.2. O poder de rever o texto constitucional

Intimamente associado ao problema da criação de uma Constituição surge o problema da *revisão constitucional*, ou seja, o poder para rever o texto escrito, também denominado *poder constituinte derivado* ou *poder de revisão constitucional*, o qual é uma expressão de um poder juridicamente conformado pelo poder constituinte originário e, em regra, expresso no texto da constituição. Trata-se de um poder que se aproxima mais, em termos de natureza jurídica, de um poder juridicamente conformado, semelhante ao exercício do poder legislativo, do que de uma expressão de um poder constituinte originário.

As questões que se colocam a este propósito são variadas e complexas: *i)* um problema de *intensidade da revisão* (quando é que uma alteração pode afinal consubstanciar uma nova constituição pela ruptura que representa em relação ao regime constitucional vigente); *ii)* um problema de *legitimidade do exercício do poder*, o que está associado à função de tendencial perpetuidade que uma Constituição encerra relativamente a um determinado arranjo de valores sociais, políticos e nacionais, que deve 'resistir' à vontade das 'maiorias ocasionais' e aos populismos; *iii)* um problema de *procedimento de revisão*, que em princípio deve obedecer a uma tramitação participada e que seja expressão da vontade democrática; *iv)* um problema de *limites materiais ao poder de revisão*, problema associado às Constituições denominadas rígidas; e *v)* um problema de *limites temporais* ao poder de revisão,

exigindo o decurso de um período mínimo de tempo entre revisões ordinárias.

Um primeiro problema é saber distinguir uma *revisão constitucional* de uma modificação que se transforma em uma *nova constituição* e onde se pode, inclusivamente, colocar o problema da falta de legitimidade do poder de revisão, sempre que este atente contra o núcleo do arranjo constitucional que presidiu ao momento constituinte, o que é válido tanto para modelos em que a modificação de uma Constituição obedece a um processo especialmente exigente, como para aqueles em que estas modificações são relativamente fáceis de obter, como ainda para modelos que contemplam expressamente limites ao poder de revisão e para aqueles onde esses limites não existem de forma expressa. Em qualquer destes casos, a *modificação substancial* de aspectos do referido núcleo do arranjo constitucional apenas poderá ser alcançada através de uma nova expressão do poder constituinte, uma vez que este, como vimos, é maioritariamente ajurídico e, por essa razão, o único em relação ao qual não se podem formular dúvidas de legitimidade quando apresenta soluções de ruptura com o modelo anterior.

> Por exemplo, a Constituição Portuguesa de 1976, que é uma nova constituição em relação à Constituição de 1933, assentava sobre um vincado projecto socializante para a sociedade e para a economia, um rumo que seria depois profundamente alterado nas duas primeiras revisões constitucionais, na de 1982, que (des)socializou o projecto de sociedade e desmilitarizou o sistema político, e na de 1989, que (des)socializou o modelo económico, no seguimento da adesão de Portugal à então CEE, em 1985, o que suscita algumas dúvidas quanto a saber se estas revisões constitucionais podem ser interpretadas como exercícios de mera revisão constitucional ou antes como uma 'refundação' da Constituição original, que a transforma em uma nova Constituição.

É importante compreender que as funções atribuídas à Constituição não se coadunam com um sistema de revisão constitucional no qual a legitimidade para o exercício desse poder esteja na dependência de "maiorias ocasionais" ou de movimentos populistas. Queremos com isto dizer que, mesmo perfilhando a opinião de Jefferson, de que a ordem jurídica é um atributo de cada geração e de que a Constituição não pode reconduzir-se a um governo dos vivos pelos mortos, razão pela qual não faz sentido tornar excessivamente oneroso o processo de revisão constitucional[6], compreendemos a necessidade de dotar este processo de algumas limitações formais, procedimentais e circunstanciais, para impedir que a Constituição se transforme num instrumento normativo 'disponível' por maiorias conjunturais.

Assim, quase todos os sistemas dispõem de regras que disciplinam o exercício do poder de revisão constitucional, procurando através delas garantir que as disposições constitucionais não se tornam contingenciais perante uma maioria ocasional ou conjuntural, nos casos em que esse poder pertence ao órgão legislativo ordinário, ou mesmo um acesso de populismo, nos casos em que há uma forte dependência dos instrumentos de democracia directa[7].

Entre nós, o Título II, da Parte IV, consagra essas regras, estipulando: *i) limites temporais* ao exercício do poder de revisão, o qual só pode ter lugar decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última revisão ordinária

---

[6] Nos Estados Unidos da América, a aprovação de emendas à Constituição de 1789 obedece a um procedimento especialmente difícil (a iniciativa pertence a dois terços das duas câmaras ou a uma Convenção convocada por dois terços dos Estados, e a modificação deve ser aprovada por três quartos dos Estados — *Article V, Section 4*), o que explica que desde aquela data apenas tenham sido adoptadas 27 Emendas.

[7] É o caso da Venezuela, onde se admite a iniciativa popular como impulso para a revisão e a respectiva aprovação por consulta popular (v. artigo 341 da Constituição da Venezuela).

(artigo 284.º/1 da C.R.P.); *ii) limites circunstanciais*, impedindo que uma revisão constitucional possa ter lugar na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (artigo 289.º da C.R.P.); *iii) limites procedimentais*, reservando a iniciativa de revisão para os deputados e impondo uma maioria de dois terços dos deputados em efectividade de funções para a aprovação das alterações à Constituição. Apesar destes limites, o artigo 284.º/2 da C.R.P. consagra a possibilidade de terem lugar *revisões constitucionais extraordinárias*, ou seja, sem necessidade de respeitar o intervalo de cinco anos, exigindo, contudo, que neste caso quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções anuam à realização dessa revisão (maioria necessária para que a Assembleia da República possa *assumir poderes de revisão constitucional*), a qual, porém, pode igualmente ser aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções (maioria necessária para *aprovar as modificações ao texto constitucional*). Importa ainda destacar que a realização de revisões constitucionais extraordinárias não interrompe o prazo para a realização de revisões constitucionais ordinárias — ou seja, se no período de cinco anos tiver lugar uma revisão extraordinária, a mesma não obriga a que aquele prazo se reinicie, podendo a revisão ordinária continuar a ter lugar decorridos os referidos cinco anos em relação à data da anterior revisão ordinária.

Revisões da Constituição de 1976						
1.ª Revisão ordinária de 1982	2.ª Revisão ordinária de 1989	3.ª Revisão extraordinária de 1992	4.ª Revisão ordinária de 1997	5.º Revisão extraordinária de 2001	6.º Revisão ordinária de 2004	7.º Revisão extraordinária de 2005
Altera o sentido revolucionário e socializante	Põe termo ao modelo socializante para a economia	Visa permitir a ratificação do Tratado de Maastricht	Introduz alterações gerais, especialmente no sistema político	Permite a ratificação do Tratado de adesão ao Tribunal Penal Internacional	Aprofunda a autonomia política das Regiões Autónomas	Permite a realização de um referendo sobre a Europa

Por último, cumpre ainda tratar o tema dos *limites materiais ao poder de revisão constitucional*, ou seja, a consagração de um conjunto de matérias que se pretende que não sejam susceptíveis de modificação no âmbito de uma revisão constitucional. A origem desta solução, também denominada "cláusulas para a eternidade" ou "cláusulas pétreas" surge, em regra, associada à revisão constitucional francesa de 1884, pela qual se aditou uma cláusula que proibia a abolição da forma republicana de governo em futuras revisões constitucionais.

É comum, de resto, que as Constituições mais emblemáticas tenham, geralmente, uma *marca identitária* constitutiva da sua dimensão inalienável e sintam a necessidade de a erigir a condição de imutabilidade. É o caso não só do *republicanismo* na Constituição Francesa[8], mas também do *secularismo* na Constituição Turca[9].

O modo como estas cláusulas têm ou não vindo a ser consagradas em textos constitucionais, os efeitos que lhes podem ser atribuídos quanto à sua efectiva imutabilidade ou não, bem como o modo como os tribunais

---

[8] Para além de definir a França como *"La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée"*, a Constituição daquele país ainda estabelece, no art. 89.º, que *"La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision"*.

[9] No preâmbulo da Constituição Turca pode ler-se: *"That no protection shall be accorded to an activity contrary to Turkish national interests, Turkish existence and the principle of its indivisibility with its State and territory, historical and moral values of Turkishness; the nationalism, principles, reforms and civilizationism of Atatürk and that sacred religious feelings shall absolutely not be involved in state affairs and politics as required by the principle of secularism"*.

O receio de que a identidade constitucional Turca, assente no princípio do secularismo, pudesse ser posta em causa, justificou a decisão de 2008 do Tribunal Constitucional daquele país que considerou inconstitucionais duas emendas constitucionais que pretendiam permitir o uso do véu nos estabelecimentos de ensino.

constitucionais têm interpretado os seus poderes em matéria de controlo de constitucionalidade de leis de revisão constitucional, permitem distinguir diferentes regimes e diferenças assinaláveis entre regimes semelhantes.

Esta questão costuma ser associada, por alguns autores, ao carácter *rígido* ou *flexível* de uma Constituição — um critério que se nos afigura discutível, pois, como vimos, a dificuldade em rever ou não uma Constituição por causa de critérios procedimentais e a inexistência de expedientes alternativos a esta situação pode contribuir de forma mais decisiva para a sua rigidez do que o estabelecimento de limites materiais expressos ao poder de revisão. Com efeito, a Constituição portuguesa de 1976 contempla, no seu artigo 288.º, um generoso leque de limites materiais ao poder de revisão constitucional, mas ele não tem sido um impedimento às profundas reformas que o texto original sofreu, nem um limite ao exercício regular do poder de revisão constitucional. Pelo contrário, a circunstância de não ter sido ainda possível, desde 2004, proceder a uma revisão constitucional deve-se mais à dificuldade político-partidária em encontrar a maioria de dois terços necessária para aprovar essas alterações do que ao conteúdo do artigo 295.º da C.R.P.

Por outro lado, importa também distinguir entre os regimes onde a revisão das matérias previstas nestas cláusulas é absolutamente proibida e aqueles onde essas cláusulas admitem revisão. Neste segundo caso, os limites materiais tornam-se afinal disponíveis no contexto de um mecanismo de 'dupla revisão', ou seja, exige-se uma primeira revisão constitucional na qual se revê a norma onde se estipula o limite de revisão constitucional e, em outra revisão ou na mesma (como sucedeu entre nós em 1989), dependendo da interpretação, já é possível alterar a norma constitucional cuja modificação antes estava vedada.

> *Por exemplo*, na revisão constitucional de 1989 foram substancialmente alteradas as primitivas redacções das alíneas *f)* e *g)* e eliminada a alínea *j)* do então artigo 290.º (hoje artigo 288.º), pois só assim era possível alterar a redacção do primitivo artigo 97.º (eliminação dos latifúndios) e 'reverter' os actos de apropriação ilegítima de terras durante o período da reforma agrária.

De resto, a este respeito importa ainda sublinhar duas coisas: *i)* em primeiro lugar, que o problema da necessidade de dupla revisão não se coloca em relação a limites materiais genéricos ou imprecisos

> *Por exemplo*, na revisão constitucional de 2001 foi alterada a redacção do n.º 3 do artigo 34.º, passando a prever a possibilidade de buscas domiciliárias durante a noite em caso de terrorismo, o que consubstanciou uma restrição expressa à inviolabilidade do domicílio, sendo esta restrição expressa posterior perfeitamente compatível com o limite material previsto na alínea *d)* do artigo 288.º, relativo a direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Quer isto dizer que esse limite não impede o legislador da revisão constitucional de modificar, quando necessário, a disciplina constitucional em matéria de direitos, liberdades e garantias em sentido menos favorável, mas apenas de os limitar de forma arbitrária ou desproporcionada e, no limite, de proceder à sua revogação.

ii) em segundo lugar, que o mecanismo da dupla revisão não será adequado quando se pretendam introduzir alterações significativas no texto constitucional que consubstanciem rupturas com o "arranjo constitucional" originário — alterações que devam ser reconduzidas à expressão de uma nova constituição e não apenas ao exercício de um poder de revisão (seria o caso de Portugal, por exemplo, querer modificar a forma republicana de governo) — ou quando se pretendam destruir postulados essenciais da própria 'ideia de constituição', que, em rigor, constituem limites ao próprio exercício originário do poder constituinte, por exemplo, atentando contra postulados do Estado de Direito, como a separação de poderes, o respeito pelos direitos fundamentais ou a independência do poder judicial.

Por último, uma nota para sublinhar a diferença entre: *i) revisões constitucionais que se materializam em leis de revisão constitucional*, *i. e.*, normas que contemplam as alterações da Constituição, as quais são posteriormente inseridas no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários, incluindo a publicação do novo texto da Constituição — como sucede em Portugal (artigo 287.º da C.R.P.); e *ii) emendas constitucionais* (*amendments to the constitution*), que se materializam em novos documentos, paralelos ao texto constitucional e com idêntico valor em relação a este, que podem consubstanciar um aditamento, uma supressão ou uma alteração, tornando este modelo de revisão constitucional mais complexo no momento de interpretar a Constituição em vigor.

> Por exemplo, os direitos fundamentais na Constituição dos EUA estão consagrados nas primeiras dez Emendas à Constituição, sendo a *Fisrt Amendment* a mais conhecida: *"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances."*

4. As funções clássicas da Constituição

Compreendido o sentido de uma Constituição e o processo relativo à sua elaboração e revisão, importa agora analisar, com maior profundidade, as *funções* que este especial documento normativo procura cumprir.

Em primeiro lugar, importa destacar que uma Constituição é um *regime ou um estatuto jurídico do político*, ou seja, um documento que estabelece regras vinculativas ordenadoras da política, de modo a garantir que o confronto de ideias numa determinada comunidade política é *racionalizado* e estruturado de modo a permitir assegurar um 'sistema de governo'.

No âmbito destas *regras ordenadoras de natureza constitucional* incluem-se: *i)* as *normas constitucionais* relativas ao princípio da separação dos poderes e à organização do poder político (constituição dos órgãos, competências, limitação dos mandatos, etc.); *ii)* as *normas legais que a Constituição qualifica como de valor paramétrico superior* (ou seja, normas legais às quais a constituição reconhece um valor superior ao das restantes normas legais, o que significa que o respeito por elas é condição de validade das restantes, sob pena de 'ilegalidade qualificada'), que disciplinam ainda aspectos essenciais ao funcionamento do sistema político e que não estão directamente regulados na Constituição — como é o caso das *leis orgânicas em matéria de eleições dos titulares dos órgãos de soberania* (artigo 164.º/*a*), da *lei orgânica do regime do referendo* (artigo 164.º/*b*), da *lei orgânica dos partidos políticos* (artigo 164.º/*h*), das *leis orgânicas eleitorais das Assembleias legislativas das Regiões Autónomas* (artigo 164.º/*j*), da *lei orgânica eleitoral dos órgãos das Autarquias Locais* (artigo 164.º/*j*); e *iii)* as *normas constitucionais que asseguram os direitos individuais em matéria participação cívica e política*, como a liberdade de expressão (artigo 37.º), o direito de reunião e de manifestação (artigo 45.º), o direito de participação na vida pública (artigo 48.º), o direito de sufrágio (artigo 49.º), o direito de acesso a cargos públicos (artigo 50.º), a liberdade de participar em partidos políticos (artigo 51.º) e o direito de petição e de acção popular (artigo 52.º).

Em segundo lugar, a Constituição é também o *instrumento ordenador do Estado*, ou seja, é a Constituição que disciplina o regime político e a organização horizontal e vertical dos poderes dentro do Estado — designadamente, o regime político em republicano ou monárquico; a forma de governo em parlamentar ou presidencial (no caso português é republicana — artigo 1.º da C.R.P. — e veremos que *sui generis* no âmbito de um regime misto parlamentar-presidencial — artigos 108.º e ss. da C.R.P.)

e a forma de Estado em unitário ou federal (no caso português é unitário, embora com respeito pela autonomia político-administrativa das regiões autónomas e pela autonomia administrativa do poder local — artigo 6.º) —, bem como os princípios ordenadores do exercício do poder dentro da organização política estadual, designadamente, o princípio da subsidiariedade e da descentralização democrática (artigo 6.º/1 e 267.º).

Em terceiro lugar, a Constituição cumpre uma função de *norma jurídica suprema no ordenamento jurídico nacional* (*princípio da supremacia da Constituição*), o que significa que é *parâmetro de validade* (a Constituição como *Paramount Law*) das restantes normas jurídicas, às quais se reconhece um 'estatuto hierárquico inferior' (a Constituição como *Higher Law*).

Esta função começou por constituir um produto da compreensão da função constitucional no modelo norte-americano, onde o carácter supremo da Constituição era condição essencial para garantir o correcto funcionamento da Federação em relação aos actos praticados pelos Estados federados — neste contexto, o carácter supremo da Constituição *tinha um sentido essencialmente orgânico-funcional*. Contudo, uma tal compreensão suscitava dúvidas em relação ao modo de harmonização entre a actividade legislativa ordinária e as normas constitucionais respeitantes a direitos fundamentais, discutindo-se se estes constituíam ou não, também, um parâmetro de validade da legislação ordinária, uma vez que esta era, em si, igualmente um produto da livre expressão democrática das maiorias representadas nos parlamentos.

Ora, nas Constituições do século XX, e em particular naquelas aprovadas ou revistas após a IIª Guerra Mundial, generalizou-se a consagração de uma regra expressa em matéria de *aplicabilidade directa das normas que contemplam direitos fundamentais*, o que significa que estas normas

passaram a consubstanciar um parâmetro de validade das leis ordinárias. Uma solução nem sempre aceite de forma acrítica, em especial quando este valor paramétrico superior das normas constitucionais se estende ao domínio das relações jurídicas privadas, impondo limitações em matérias como a *liberdade de testar* (passando a considerar-se nulas as cláusulas testamentárias que impunham condições como a de o herdeiro não se casar com pessoa de outra raça ou religião) ou a *liberdade de contratar* (é nula a não admissão de uma criança numa escola privada com fundamento na sua religião ou condição social) — a função de norma jurídica suprema da Constituição assume então, também, um sentido material.

Por último, cumpre ainda destacar que a função de norma jurídica suprema exigiu ainda a *instituição de mecanismos de garantia da sua efectividade*, ou seja, a criação de instrumentos adequados para assegurar que, na prática, não só o funcionamento dos órgãos do Estado e do poder político respeitava as regras constitucionais, mas também que se cumpria efectivamente um controlo de conformidade constitucional das normas jurídicas, incluindo das que eram emanadas pelo poder legislativo legitimamente eleito — este é o problema de saber quem é o "guardião da Constituição".

Importa sublinhar que apesar da sua função de supremacia, o direito constitucional é menos efectivo do que o direito ordinário se procurarmos testar a coercibilidade de algumas normas de natureza jurídico-política. Para este efeito, as normas constitucionais apresentam-se como *normas imperfeitas*[10].

---

[10] As *normas imperfeitas* (também designadas, tradicionalmente, como *leges imperfectae*) são as normas cuja violação não acarreta qualquer tipo de sanção de natureza jurídica civil ou penal. Isto significa que também o respectivo incumprimento não é judicializável. Neste caso a sanção é, como veremos, apenas política.

Por exemplo, o artigo 136.º da C.R.P. estipula que "no prazo de vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembleia da República para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada", mas nada diz quanto aos efeitos que decorrem da inexistência de promulgação dentro daquele prazo. Acresce que o artigo 137.º da C.R.P. acrescenta que "a falta de promulgação ou de assinatura pelo Presidente da República de qualquer dos actos previstos na alínea *b)* do artigo 134.º da C.R.P. [designadamente, leis e os decretos-leis] implica a sua inexistência jurídica". Questiona-se, então, o que é que sucede àqueles actos legislativos caso não sejam promulgados pelo Presidente da República, sabendo-se que a falta de promulgação determina a sua inexistência jurídica. E aos que venham a ser promulgados depois do prazo indicado na norma constitucional? A Constituição não prevê nenhuma sanção (jurídico-civil ou jurídico-penal, nem mesmo política) para o Presidente da República que não cumpra aquele prazo. E a explicação é simples, a Constituição não foi concebida à semelhança das normas jurídicas ordinárias em que o legislador prevê consequências para a inacção dos órgãos administrativos perante as solicitações dos administrados e até a possibilidade de, mediante a interposição de acções judiciais, os particulares poderem compelir os órgãos administrativos a actuar e a tomar decisões, ou, em última instância e em casos especiais, a possibilidade de uma decisão judicial se substituir a uma omissão administrativa ilegal. Uma Constituição é um instrumento normativo diferente e o titular de um órgão de soberania, em especial quando é eleito de forma directa, como é o caso do Presidente da República, tem legitimidade popular e também uma responsabilidade política (um dever de responder perante os eleitores), por isso não faz sentido regular o exercício da sua função como se se tratasse de um mero órgão da Administração. Na verdade, estamos perante um verdadeiro

> *acto político*, ou seja, um acto de execução directa do texto constitucional, que como tal, não pode ser judicialmente controlado, limitando-se o respectivo controlo aos mecanismos previsto no próprio texto constitucional.

Assim, é normal que as Constituições prevejam instrumentos de controlo e garantia (da efectividade) do próprio texto constitucional.

Um primeiro modelo, nasceu também da experiência norte-americana, não de uma consagração expressa dessa solução no texto constitucional, mas antes de uma criação jurisprudencial por parte do *Supreme Court*, que, na sua paradigmática decisão *Marbury v. Madison*, de 1803, admitiu que o poder judicial tinha acesso directo ao texto constitucional e podia, a partir dele, declarar *"null and void"* uma norma legislativa — este ficou conhecido como o modelo de controlo de *judicial review* a cargo dos tribunais ordinários, sendo por isso um controlo concreto e difuso, ou seja, em que a verificação de uma violação à constituição está necessariamente associada ao julgamento de um litígio concreto.

Mais tarde, em 1920, a Áustria adoptaria um modelo especial de controlo de constitucionalidade, confiado a um 'tribunal' especializado e com características especiais, ou seja, preferindo um modelo de "guardião da constituição" independente do poder judicial ordinário — este ficou conhecido como o *modelo concentrado de controlo de constitucionalidade*, que se caracteriza por ser um controlo *abstracto*, ou seja, cujo objecto de fiscalização são as normas em si e não no contexto da respectiva aplicação a um litígio concreto. Este modelo seria depois adoptado por diversos países após a IIª Guerra Mundial, em especial pela Alemanha, cujo tribunal constitucional se tornou especialmente influente. Portugal dispõem de um complexo modelo de garantia e controlo de constitucionalidade que inclui uma simbiose entre estes dois modelos

(tema que integrará o conteúdo programático do Direito Constitucional II).

Por último, a Constituição cumpre ainda uma *função de legitimação compreensiva das políticas*, ou seja, não obstante, uma vez mais, o seu carácter fragmentário, a Constituição *baliza materialmente o âmbito de exercício do poder democrático legitimamente eleito*, em diversas áreas, sem, no entanto, ter uma pretensão de dirigismo constitucional, ou seja, de apresentar ela própria as escolhas políticas. Em outras palavras, a Constituição estipula *limites materiais* à *acção política.*

> *Por exemplo*, opções que são inadmissíveis, mesmo que adoptadas por maiorias absolutas dos representantes legitimamente eleitos, como é o caso da proibição de pena de morte e de tortura como medida de política criminal — artigos 24.º/2 e 25.º/2 — ou do confisco de bens em matéria de política económica e financeira — artigos 62.º/2 e 103.º/3.

e *orientações de sentido,* que obrigam o legislador a justificar as suas escolhas políticas segundo o interesse público que tenha como prevalecente ou o que considere ser a melhor harmonização de bens ou interesses em conflito.

> *Por exemplo*, opções que exigem justificação à luz dos preceitos constitucionais, como é o caso da limitação da iniciativa privada em certos sectores, como a exploração de jogos de fortuna e azar — artigo 61.º/1[11] — da restrição da liberdade de associação quando se trate de promover a violência — artigo 46.º[12] — ou da limitação de certos

[11] Esta limitação está depois na origem do regime jurídico do jogo — Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, na sua redacção actualizada, por último, pelo Decreto-Lei n.º 64/2015, de 29 de Abril — segundo o qual essa actividade — a exploração de estabelecimentos de jogo como os casinos — é exclusiva do Estado, que a concessiona a privados.

[12] O direito de associação é regulado pelo Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro (na redacção entretanto actualizada pelo Decreto-Lei n.º 71/77, de 25 de Fevereiro e pela Lei n.º 29/2009 de 29 de

meios de prova em nome da promoção da celeridade processual — artigo 20.º[13].

Mas a Constituição não é fonte de *escolhas políticas* que se possam sobrepor ou neutralizar às escolhas efectuadas pelas maiorias democraticamente eleitas dentro das contingências antes referidas, seja em áreas económicas (ex. privatizar sectores de actividade), seja em áreas sociais (ex. impor a criação de prestações sociais a favor de certos grupos), seja ainda em matérias que contendem com opções pessoais (ex. impor um certo estilo de vida). É normal que o momento constituinte seja expressão de uma certa ideologia, mas a Constituição no século XXI tem de ser um instrumento que se ajusta às diversas ideologias que integram uma sociedade livre, fundada em valores democráticos.

5. Interpretar o texto da Constituição

O texto constitucional não é um texto legal, o que significa que a *interpretação de uma constituição* não segue as mesmas regras e princípios que a interpretação jurídica dos textos legais.

A este propósito devemos distinguir duas dimensões: *i)* as especificidades da interpretação constitucional; e *ii)* as diferenças entre a interpretação do texto constitucional e a interpretação de um texto legal.

Quanto às *especificidades da interpretação constitucional*, é hoje generalizada a ideia de que a interpretação

Junho) e no seu artigo 3.º pode ler-se o seguinte: "Não são permitidas as associações que tenham por finalidade o derrubamento das instituições democráticas ou a apologia do ódio ou da violência".

[13] O artigo 69.º/*e)* do Código do Procedimento e do Processo Tributário limita, no âmbito da reclamação graciosa, os meios probatórios à forma documental e aos elementos oficiais de que os serviços disponham.

constitucional se distingue da interpretação jurídica, na medida em que o texto constitucional, como vimos, tem uma estrutura essencialmente pactícia, incompleta e fragmentária e uma natureza jurídico-política e não jurídico-normativa. Assim, no método (critérios mobilizados para a interpretação) adoptado na interpretação constitucional (*hermenêutica constitucional*) entrecruzam-se diversas dimensões, que aqui apenas procuraremos sintetizar de forma tópica.

É necessário, em primeiro lugar, determinar, à partida, a *posição do intérprete*, que pode optar pelo *originalismo* (uma busca do sentido original das soluções que foram pré-figuradas e verbalizadas pelo poder constituinte originário, admitindo-se variações dentro desta posição), pelo *pragmatismo* (quando se admite que as normas constitucionais carecem de uma interpretação em conformidade com o tempo actual e, nessa medida, procura-se o correspondente contemporâneo do sentido da norma) ou pelo *naturalismo* (quando se promove uma interpretação do texto constitucional em conformidade com princípios e valores supremos, em regra atribuídos a um direito natural cogente — *ius cogens* —, de modo a assegurar a sua função de garantia contra-maioritária). E cumpre sublinhar que, em regra, estas três posições coexistem no órgão especialmente encarregado de interpretar e fazer garantir o texto constitucional — o Tribunal Constitucional, os órgãos do poder judicial a quem essa tarefa tenha sido atribuída ou órgãos políticos com essa função[14] —, assim como no seio da restante "comunidade aberta de intérpretes da Constituição" (expressão do constitucionalista

[14] Nem todos os sistemas jurídico-constitucionais dispõem de um Tribunal Constitucional ou admitem a judicialização das questões jurídico-constitucionais. Na Holanda, por exemplo, entende-se que esta é uma questão exclusiva do parlamento e no artigo 120 da respectiva Constituição pode ler-se que: "The constitutionality of Acts of Parliament and treaties are not reviewed by the courts".

alemão Peter Häberle), onde se incluem todos (órgãos de soberania, órgãos de governo e de administração, entidades públicas e privadas) aqueles que, diariamente, são chamados a aplicar medidas e a tomar posições que convocam normas e princípios constitucionais.

> Por exemplo, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 330/88, em que se discutia a conformidade constitucional da introdução de taxas moderadoras no acesso ao serviço nacional de saúde com a redacção do artigo 62.º da CRP, na sua redacção original, que se referia expressamente a um serviço gratuito, podemos encontrar uma passagem onde se regista uma *nota de originalismo*: "Que este segundo e mais lato entendimento do conceito de «gratuitidade» [um entendimento segundo o qual aquela expressão não equivaleria a uma proibição absoluta de cobrar qualquer montante aos utentes do SNS, mas apenas à proibição de transferir para estes os custos das prestações individualizadas que lhes fossem asseguradas] cabe no artigo 64.°, n.° 2, da Constituição, resulta de que ele seguramente realiza o objectivo de política social aí arvorado em valor constitucional; por outro lado, semelhante entendimento não é excluído pela «história» do preceito, já que o registo da respectiva discussão e aprovação parlamentar não contém qualquer elemento de onde possa extrair-se que outra foi a vontade do legislador constituinte (*v.* Diário da Assembleia Constituinte, n.° 56, 3 de Outubro de 1975, pp. 1722/1725)".

> Por exemplo, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, em que se discutia a conformidade constitucional das alterações ao Código Civil que passaram a acolher a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo encontramos, na fundamentação da decisão e nos votos de vencido que a acompanham, uma clara tensão entre o registo *originalista* [a defesa de que a Constituição recebera o "conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente"] e o *pragmático* [um entendimento de que "conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também

> diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria"], acabando por, naquele caso, obter maioria a segunda posição.

Em segundo lugar, importa não esquecer que o "direito constitucional" não se esgota no texto da Constituição — sendo esta uma diferença assinável em relação à interpretação legal, em que outros elementos são fonte de direito no sentido de contribuírem para a sua realização —, pois no direito constitucional, doutrina e jurisprudência, assim como costume e praxe constitucional são mais do que fontes do direito constitucional, são elementos que ao longo do tempo se consolidam como elementos integradores do *corpus constitucional*, ou seja, são parte da própria "Constituição viva".

É bem certo que esta compreensão alargada do "universo constitucional" (do *corpus constitucional*) não tem o mesmo sentido no constitucionalismo dos países da *common law*, incluindo os EUA, e nos países da *civil law* (Europa Continental). Nos primeiros, é indiscutível que o carácter curto (ou mesmo complexo por que assente num *corpus escrito* com uma pluralidade de documentos ou num *corpus não escrito*) do texto impõe inevitavelmente que a sua densificação e realização tenham de ser promovidos pela Sociedade e pelas Instituições Políticas, mas sobretudo pelo poder judicial, em confronto com os casos concretos, cujas decisões (*precedents*) consubstanciam normas vinculativas para o futuro. Já nos países da *civil law*, tendencialmente assentes em um modelo de codificação, é normal que o texto seja mais extenso e, por essa razão, a medida da criação do direito de fonte extra-textual seja menos relevante.

Contudo, e como já afirmámos, no caso do direito constitucional estas *fontes extra-textuais* são es*senciais à garantia da própria Constituição*, na medida em que consubstanciam,

também elas, um instrumento de promoção da actualidade (validade) das soluções.

Por exemplo, é neste âmbito que devemos localizar a recente polémica vivida no sistema constitucional português a propósito da interpretação do n.º 1 do artigo 187.º quanto à nomeação do Primeiro-Ministro. De acordo com o texto, "o Primeiro-Ministro é nomeado pelo Presidente da República, ouvidos os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais". Esta formulação da norma constitucional ("tendo em conta os resultados eleitorais") permite, seguindo um concepção estrita de Constituição, diversas interpretações, admitindo-se como solução constitucional a nomeação do líder do partido ou da coligação eleitoral que tenha obtido maior percentagem de votos, daquele que seja líder do partido ou da coligação eleitoral que tenha obtido maior número de deputados eleitos à Assembleia da República[15], ou daquele que consiga obter o apoio do maior número de deputados eleitos à Assembleia da República, ou ainda daquele que consiga obter o apoio da maioria absoluta (50% mais 1) dos deputados eleitos à Assembleia da República.

Já se aceitarmos que o *corpus constitucional* incluiu, para além do texto da Constituição, também as praxes e os costumes constitucionais, veríamos que a prática reiterada em Portugal até 2015 havia sido a da nomeação como Primeiro-Ministro do líder do partido mais votado, o que significa que essa seria a interpretação correcta da norma constitucional — que, de resto, não foi interrompida, apesar de, na prática, o Primeiro-Ministro nomeado ter acabado por não conseguir iniciar as suas funções em razão da aprovação de uma moção de censura.

[15] Como veremos mais à frente, no nosso sistema eleitoral utiliza-se o "método de Hondt" na conversão de votos em mandatos nas diversas circunscrições eleitorais, o que significa que em termos de resultados agregados nacionais é possível que um partido ou coligação venham a obter uma percentagem superior de votos, mas um número inferior de mandatos.

Questão diferente é saber se neste *corpus* se hão-de incluir também *elementos externos ao sistema e à experiência constitucional nacional*, designadamente, jurisprudência de tribunais estrangeiros e/ou internacionais. Em certos modelos esta referência à jurisprudência estrangeira no âmbito da interpretação e aplicação do direito constitucional tem carácter obrigatório — é o que sucede no artigo 39 da Constituição da África do Sul, que estipula como comandos interpretativo do *Bill of Rights*, o dever de promoção dos valores em que se baseia uma sociedade democrática como a dignidade, a igualdade e a liberdade, o dever de tomar em consideração a jurisprudência internacional e a possibilidade de atender ao direito estrangeiro, sendo comum encontrar diversas referências a decisões de tribunais internacionais e estrangeiros na jurisprudência daquele Tribunal Constitucional. Em outros modelos, como o português, embora não sendo obrigatória, é frequente a referência nas decisões do Tribunal Constitucional a decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — o que se compreende pela especial indicação do artigo 16.º/2 da CRP, onde se afirma que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" — e também a decisões de tribunais estrangeiros, em particular, do tribunal constitucional alemão.

Ainda a propósito do âmbito do *objecto de interpretação* destacamos que uma das marcas que o constitucionalismo português conserva é a de uma certa *'intranquilidade no convívio com a dinâmica democrática'*, que caracteriza outros (neo)constitucionalismos democráticos tardios. Uma nota que se revela na tendência para 'constitucionalizar' (ou seja, incluir no texto da Constituição) interpretações que o Tribunal Constitucional vai firmando na sua jurisprudência, revelando, assim, um receio excessivo em relação aos normais resultados da dialéctica da

interpretação constitucional e, de certo modo, prejudicando a dinâmica democrática e a dialéctica sociopolítica da realidade constitucional.

> *Por exemplo*, foi assim com o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 330/88, que levou à modificação da redacção do actual artigo 64.º/2*a)* (direito à saúde), onde se substituiu a fórmula da gratuitidade no acesso ao SNS pela de serviço "tendencialmente gratuito"; foi assim com as decisões sobre a legitimidade ou não para a colheita coactiva de sangue para a realização de testes de alcoolemia, de despistagem de doenças com forte impacto na saúde pública, que estiveram na origem da modificação da redacção do artigo 26.º/2 na revisão constitucional de 1997, passando a norma a preocupar-se não apenas com a forma de utilização da informação pessoal, mas também com o modo da sua obtenção.

Já no que contende com *as diferenças entre a interpretação do texto constitucional e a interpretação de um texto legal* queremos apenas destacar que esta interpretação (a do texto constitucional) não cumpre apenas uma função jurídico-normativa, de revelação do sentido da norma a partir dos elementos da interpretação (elemento gramatical, elemento histórico, elemento sistemático e elemento teleológico), mas também; *i)* de promoção do *ethos constitucional*, quando agrega no âmbito dos instrumentos disponíveis do intérprete o *princípio da interpretação em conformidade com a Constituição*; e ainda *ii)* uma *dimensão jurídico-política*, de determinação dos limites ao legítimo exercício de poderes soberanos, em particular, ao poder legislativo.

> *Por exemplo*, quando um tribunal é chamado a resolver um litígio, confronta-se muitas vezes com a necessidade prévia de interpretar a norma legal aplicável ao caso, ou seja, determinar o seu sentido com base nos elementos da interpretação jurídica. Para tanto, o intérprete socorre-se: *i)* do *elemento gramatical*, ou seja, do texto da lei ao qual se reconhece uma função negativa — que afasta qualquer sentido que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que

imperfeitamente expresso — e uma função positiva — que privilegia de entre os vários significados possíveis, "o técnico-jurídico, o especial e o fixado pelo uso geral da linguagem"; *ii)* do *elemento histórico,* que atende a todos os factores relacionados com a elaboração da norma, como os trabalhos preparatórios, o texto do preâmbulo ou relatório da lei e as circunstâncias sociais, políticas e económicas contemporâneas à redacção da norma; *iii)* do *elemento sistemático,* que exige a ponderação do sentido atribuído à norma no contexto do sistema jurídico (*i. e.* em face do sentido atribuído às restantes normas); e *iv)* do *elemento teleológico,* que busca o fim a realizar pela norma (*ratio legis*).

Todavia, na interpretação das normas constitucionais, para além destes elementos, que são ponderados de forma diferente como vimos anteriormente em função da opção pela posição do intérprete — por exemplo, em relação ao maior peso do elemento histórico na corrente originalista do que nas restantes —, releva, essencialmente, o *princípio da interpretação em conformidade com a Constituição*, ou seja, de todos os sentidos possíveis atribuíveis à norma deve privilegiar-se aquele que dê maior efectividade ao *corpus constitucional*, mas sem que tal efectivação se transmute numa juridicização do espaço político. Com efeito, é importante ressalvar que a efectivação deste princípio não pode consubstanciar a anulação do espaço de livre conformação democrática do legislador, pois um dos elementos essenciais da efectivação da Constituição é precisamente o respeito pela liberdade de conformação do legislador democrático.

Em outras palavras, sempre que o Tribunal Constitucional é chamado a realizar um controlo normativo, não se lhe pede apenas que busque o sentido da norma (constitucional) que é parâmetro da decisão — como sucede, em regra, quando um tribunal é chamado a verificar se a aplicação de uma norma legal em um determinado caso concreto foi correcta —, pede-se-lhe também que, simultaneamente, controle o exercício dos poderes executivo e/ou legislativo, que são poderes que gozam de

legitimação democrática directa, o que implica, à partida, reconhecer que a sua actuação tem um impacto na dinâmica democrática e que, nessa medida, a sua intervenção interpretativa terá de autoconformar-se no contexto do que deve ser o correcto exercício das funções típicas de um *"legislador negativo"*.

> Por exemplo, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 214/2011 discutiu-se a interpretação constitucional do princípio da separação e interdependência dos poderes (artigo 111.º da C.R.P.), mais concretamente, dos poderes da Assembleia da República e do Governo, no âmbito da apreciação da constitucionalidade de um diploma legal da Assembleia da República que suspendia o modelo de avaliação do desempenho de docentes e determinava que o Governo deveria iniciar um processo de negociação sindical, tendo em vista a concepção de outro modelo de avaliação. Na decisão, o Tribunal concluiu pela violação daquele princípio, partindo de uma interpretação do princípio da separação de poderes como um elemento racionalizador das funções de cada órgão de soberania, considerando que o diploma em causa representava uma intromissão ilegítima do poder legislativo nas competências administrativas do Governo. Na declaração de voto subscrita pela Conselheira Maria Lúcia Amaral, com a qual concordamos, conclui-se pela violação do núcleo essencial do poder executivo enquanto poder governativo e não apenas da violação da competência do Governo como órgão superior da Administração.

Veremos, em outro momento (quando estudarmos no Direito Constitucional II o conteúdo das decisões de controlo 'judicial' da constitucionalidade), os diversos instrumentos ao dispor do tribunal para modelar os efeitos das decisões, aqui interessa-nos apenas destacar que no exercício de interpretação da norma constitucional (determinação do conteúdo da norma-parâmetro) o Tribunal se há-de preocupar, não tanto com *o sentido do que é pretendido segundo essa norma*, mas antes com *os limites aceites pela norma*. Quer isto dizer que a preocupação do

intérprete constitucional do controlo e garantia da Constituição não é nem deve ser a de saber o que é que o legislador constituinte tinha em mente quando estabeleceu e verbalizou a protecção de certos direitos, essa é uma tarefa que cabe, em primeira linha, aos actores democráticos, encarregados de fazer cumprir a constituição, mas antes a de determinar *o que é que não é aceitável à luz da necessária protecção de um direito consagrado na Constituição*.

> Por exemplo, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, que analisou a conformidade constitucional da lei da procriação medicamente assistida, pode ler-se, a propósito da não punição da maternidade de substituição a título gratuito, citando Klaus Stern, que "a respeito do problema dos deveres constitucionais de protecção de bens jurídicos, «[a]os órgãos do Estado é assim deixada uma margem de livre deliberação a respeito do concreto cumprimento dos deveres de protecção. (…) Eles são, em ampla medida, legalmente mediatizados. Deste modo, o legislador é o destinatário preferencial dos deveres de protecção. (…) Apenas os erros manifestos de apreciação são judicialmente corrigíveis»". De resto, este tema seria objecto de novos desenvolvimento políticos, que acabaria por dar lugar à aprovação pelo Parlamento da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, onde se regula a gestação de substituição.

Uma última nota para destacar o *"risco constitucional"* (risco para o arranjo de poderes vertido na Constituição) que em certa medida representam as correntes de interpretação naturalista, *i. e.*, aquelas que comungam a necessidade de interpretar a Constituição em conformidade com princípios materiais fundamentais de modo a assegurar uma determinada *ideia material de constituição* — menos pactícia e mais niveladora em termos sociais, menos livre e mais dirigista em termos económicos, menos democrática e mais contra-maioritária em termos políticos. Em regra, os defensores desta corrente interpretativa são também partidários da interpretação do

poder judicial e da sua independência como a expressão da *virtude constitucional*.

Não queremos com esta afirmação negar a força normativa dos princípios fundamentais, *maxime*, a dignidade da pessoa humana, e com isto dizer que a interpretação da Constituição não deve assumir uma *função de bloqueio* a soluções normativamente inaceitáveis, ainda que democrática e livremente sufragadas. Pelo contrário, a Constituição é um instrumento de protecção de minorias contra o poder (a "tirania") das maiorias. Todavia, é necessário que *a força interpretativa contra-fáctica da Constituição* não se banalize nem resvale para um *instrumento contra-político* — ou seja, um instrumento neutralizador do indispensável jogo democrático em matéria de escolhas públicas —, que redunde em fenómenos de *activismo judicial*. Esta preocupação tem especial acuidade em domínios onde operam princípios como a proporcionalidade ou a igualdade, impondo-se um aprofundamento cada vez mais exigente da respectiva metódica de aplicação, de forma a neutralizar estes riscos — *i. e.* a impedir os casos em que o Tribunal, a pretexto do controlo da constitucionalidade, se substitui aos órgãos político-democráticos legitimamente eleitos nas decisões que envolvem escolhas políticas.

> Por exemplo, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 574/2014, onde se apreciou a conformidade constitucional de normas legais constantes do regime que estabelecia os mecanismos das reduções remuneratórias temporárias e as condições da sua reversão no prazo máximo de quatro anos, a decisão final pronunciou-se pela inconstitucionalidade de algumas normas, por considerar que «a medida da diferenciação subjacente à fórmula adoptada (...), possibilitando, repete-se, a subsistência, por mais três anos, de uma redução remuneratória que pode ser igual a 80% daquela que vem vigorando desde 2011, ultrapassa os limites do sacrifício adicional exigível aos trabalhadores pagos por verbas públicas, nada havendo de comparável que afecte outros tipos de rendimentos.

Nesta medida, não é possível deixar de considerar que ofende o princípio da igualdade».

Mas como se pode ler no voto de vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral, esta interpretação do princípio da igualdade ou da igualdade proporcional não se ajusta a uma correcta interpretação da Constituição como parâmetro de controlo e garantia de direitos e o fundamento da sua discordância estava, precisamente, como se depreende das suas palavras: «no devido traçar de fronteiras entre a competência própria do Tribunal Constitucional e a competência própria do legislador ordinário — tendo eu sempre concluído que, quando aplicada ao domínio das reduções salariais, a fórmula da "igualdade proporcional" conduziria o Tribunal a ocupar um espaço que nos termos constitucionais apenas ao poder legislativo pertence —, por maioria de razão concluo que, no presente caso, a manutenção acrítica de argumentos sustentados no passado exponencia em muito o desequilíbrio já existente entre o que, de acordo com a CRP, cabe à jurisdição constitucional e o que pode e deve fazer o poder político, legitimamente mandatado. De forma alguma compreendo por que razão se entende que a Constituição proíbe que este último possa desenhar uma política económica no quadro de uma previsão de quatro anos, onde, relativamente aos "cortes salariais" iniciados em 2011, se apresente como plano possível o faseamento da sua progressiva reversão. Como não entendo que seja possível aplicar a este mapa futuro — e desse modo condicionando estratégias político-económicas de médio prazo — a fórmula da "igualdade proporcional", com o seu teste do "limite do sacrifício". Qual o par comparativo que, no quadro incerto de um plano político futuro (sem que se saiba quais são as decisões que vão ser tomadas em domínios outros como os que pertencem à política fiscal), pode ser eleito para efeitos de comparação? Qual a medida de diferença de tratamento [entre quem e quem] a ser apreciada sob o ponto de vista da proporcionalidade? Qual, enfim, o critério seguro para aferir do seu excesso, daí se extraindo o juízo de inconstitucionalidade?».

6. Os desafios do direito constitucional na internormatividade

Por último, estudar o constitucionalismo do século XXI é também compreender as relações cada vez mais complexas entre o direito constitucional e o direito global, entre o direito constitucional e o direito internacional e entre o direito constitucional e o direito europeu.

Em primeiro lugar, o direito constitucional foi desafiado no plano global — do *direito global* — pelo surgimento de um conjunto de normação produzida por organismos e fóruns internacionais, mais ou menos institucionalizados, aos quais os Estados se vinculam através da adesão aos respectivos tratados instituidores. Esta normação procura introduzir regras em matérias que se assumem como problemas globais, ou seja, questões que não podem ser solucionadas de modo efectivo no plano da regulação nacional ou regional. É o caso das regras em matéria de política de combate às alterações climáticas (ex. limitação das emissões poluentes) ou de protecção do investimento estrangeiro à luz dos mecanismos de arbitragem instituídos pela Convenção de Washington. E não raras vezes assistimos a conflitos latentes e/ou explícitos entre o direito constitucional e estas regras, sem que exista um mecanismo especial para os solucionar, que não seja o diálogo interinstitucional e interjudicial.

> *Por exemplo*, no acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 8 de Maio de 2007 (*2 BvM 1-5/03, 1, 2/06*) discutiu-se se um Estado em situação de "estado de necessidade financeira" poderia invocar a norma constitucional do "estado de excepção" (no caso o artigo 25.º da Constituição Alemã, que equivale ao artigo 19.º da C.R.P.) para não ser responsabilizado pelo incumprimento de obrigações contratuais e financeiras com sujeitos de direito privado. A questão surgiu a propósito da crise Argentina e da invocação por aquele Estado desta cláusula de

excepção como uma expressão de direito internacional costumeiro (como um princípio fundamental de *ius cogens*) que teria por isso validade em todas as relações jurídicas, incluindo aquelas que eram reguladas pelo direito privado. O Tribunal Alemão concluiu pela inaplicabilidade de uma tal cláusula nas relações de direito privado em que o Estado é parte, considerando inadmissível que este pudesse declarar-se insolvente para o cumprimento das suas obrigações comerciais, esclarecendo que uma tal cláusula se limita ao plano do direito interno ou do direito internacional para 'desresponsabilizar' actos no plano do direito criminal ou processual criminal[16]. Na sua justificação, o Tribunal Constitucional Alemão remete até para a jurisprudência da arbitragem internacional (decisões do ICSID— *International Centre for Settlement of Investment Disputes*), dando conta de que nestas decisões, que em regra decidem litígios entre os Estados e empresas privadas de outros Estados (investidores estrangeiros), é comum a invocação do "estado de excepção" para justificar o incumprimento de obrigações por parte do Estado devedor, mas que aquela cláusula não pode ser atendida. Nessa decisão, destaca-se, também, o voto de vencido da juíza Lübbe-Wolff, para quem a decisão é pouco cautelosa, permitindo e possibilitando situações perversas, na medida em que os privados perante quem o Estado se apresenta em situações de incapacidade de incumprimento tenham contribuído para essa situação.

Em segundo lugar, o direito constitucional tem vindo também a confrontar-se com o desenvolvimento do direito internacional em áreas que contendem com a *liberdade de formulação de escolhas a nível nacional em matérias de direitos sociais e individuais* que, a seu modo, pressionam a interpretação que neste plano se faz do conteúdo dos

[16] Pense-se no estado de excepção decretado em França a seguir aos atentados terroristas para permitir a realização de um conjunto de medidas de política criminal (intercepção de comunicações privadas, buscas domiciliárias nocturnas sem necessidade de mandado judicial, etc.) sem necessidade de observar os regimes legais em vigor.

direitos fundamentais. Referimo-nos não só à remissão expressa que o artigo 16.º da CRP faz para as regras de direito internacional aplicáveis em matéria de reconhecimento de direitos fundamentais e de interpretação destes em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas também à incorporação imediata no ordenamento jurídico nacional do direito internacional geral ou comum, assim como das normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte, sempre que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos, o que pode suscitar problemas, em especial neste segundo caso, de conformidade constitucional dessas normas.

Porém, em nosso entender, o principal instrumento de promoção da *internormatividade* não é tanto a incorporação no ordenamento jurídico nacional do direito proveniente de fontes internacionais, mas sim a forma como a jurisprudência do Tribunal Constitucional se vê confrontada com a necessidade de fundamentar as suas decisões 'em diálogo' com as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

> Por exemplo, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, quando se discutem os limites ao direito à verdade biológica, ou seja, ao direito que cada um tem ao conhecimento da maternidade e paternidade biológicas, enquanto dimensão do direito à identidade pessoal, o Tribunal faz referência à jurisprudência do TEDH, dizendo que, "numa linha de entendimento semelhante também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Odièvre v. France*, por acórdão de 13 de Fevereiro de 2003, aceitou, a respeito do regime legal francês do chamado "parto anónimo", que pudesse haver limites ao direito ao conhecimento das origens genéticas e que, nesta matéria, os Estados pudessem estabelecer restrições que assegurem a realização, segundo critérios de proporcionalidade, de todos os interesses em presença".

Por último, mais complexa é a *relação entre o direito constitucional e o direito europeu*. O n.º 4 do artigo 8.º da C.R.P. estipula que "as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático".

No essencial, esta norma assegura a *preferência aplicativa do direito europeu*, ou seja, o direito europeu consagrado nos Tratados que instituem a União Europeia, assim como o direito produzido pelas instituições europeias (em especial os regulamentos e as directivas europeias) aplicam-se directamente no ordenamento jurídico nacional, nos termos definidos pelo direito da União, o que significa que se aplicam, também, em conformidade com a interpretação que desse direito faz o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Contudo, a parte final do artigo em análise salvaguarda o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, ou seja, pela necessidade de, *derradeiramente*, fazer prevalecer o direito democraticamente produzido, sempre que as soluções europeias atentem contra este princípio fundamental, o que até hoje nunca se verificou. Assim, uma parte significativa do sentido útil deste preceito é essencialmente o de o transformar numa garantia do Estado Português perante as exigências que decorrem da integração num espaço jurídico como o Europeu, onde, segundo os Tratados, algumas matérias são da *competência exclusiva da União*[17], outras são de

[17] Incluem-se neste grupo, segundo o artigo 3.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: a União Aduaneira, o estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; a política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro; a conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas e a política comercial comum.

competência partilhada entre a União e os Estados-membros[18] e em outros domínios ainda é reconhecida *competência à União para desenvolver acções destinadas a apoiar, coordenar ou completar a acção dos Estados-membros*[19].

> Por exemplo, o direito europeu aprovou um regime jurídico sobre a protecção de dados pessoais — Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados — do qual constava a possibilidade de os Estados-membros limitarem a obrigação de informar as pessoas sobre o tratamento dos respectivos dados pessoais. O Estado Belga aprovou uma legislação pela qual criou um organismo público, cuja missão era assegurar o respeito pelas condições de acesso à profissão de agente imobiliário e o correcto exercício desta, podendo este organismo, no exercício da sua actividade, recorrer aos serviços de detectives privados para desempenhar a sua missão. Por ocasião de um processo movido contra dois agentes imobiliários, cuja prova assentava em dados recolhidos por um detective privado, questionou-se em tribunal a conformidade constitucional deste regime legal. O Tribunal constitucional belga, confrontado com a questão, entendeu enviar algumas questões em reenvio prejudicial para o TJUE, no sentido de saber se à luz daquele ordenamento jurídico, a situação concreta se devia considerar ou não

[18] Fazem parte desta categoria, segundo o artigo 4.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: o mercado interno; a política social, no que se refere aos aspectos definidos no Tratado; a coesão económica, social e territorial; a agricultura e pescas, com excepção da conservação dos recursos biológicos do mar; o ambiente; a defesa dos consumidores; os transportes; as redes transeuropeias; a energia; o espaço de liberdade, segurança e justiça e os problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no Tratado.

[19] Inscrevem-se neste âmbito, segundo o artigo 6.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: a protecção e melhoria da saúde humana; a indústria; a cultura; o turismo; a educação, formação profissional, juventude e desporto; a protecção civil e a cooperação administrativa.

incluída no âmbito das excepções admitidas pela Directiva e se o Estado-membro podia não transpor para o ordenamento jurídico nacional as referidas excepções e, assim, assegurar uma protecção mais elevada da protecção dos dados pessoais. O TJUE (no processo C-473/12) respondeu positivamente às duas questões, deixando assim uma margem de total liberdade ao Tribunal Constitucional na interpretação da conformidade constitucional da norma belga, uma vez que qualquer das soluções era compatível com o direito europeu.

Leituras complementares aconselhadas:

- J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª edição, Almedina Coimbra, 2003
- Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Volume I, Tomo 1,* 1, Coimbra Editora, 2014
- Maria Lúcia Amaral, *A forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2005
- J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I (Artigos 1.º a 107.º), Coimbra Editora, 2014
- J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II (Artigos 108.º a 296.º), Coimbra Editora, 2014

Leituras para aprofundar os conhecimentos:

- Barbosa de Melo / Cardoso da Costa / Vieira de Andrade, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição,* Coimbra Editora, 1981
- Dieter Grimm, «Types of Constitutions», Rosenfeld / Sajo (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law,* Oxford University Press, 2012, pp. 98-132

- Horst Dippel, *História do Constitucionalismo Moderno, Novas Perspectivas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007
- Klein / Sajó, «Constitution-Making: Process and Substance», », Rosenfeld / Sajó (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law,* Oxford University Press, 2012, pp. 419-441
- Mark Tushnet, «Constitution», Rosenfeld / Sajó (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law,* Oxford University Press, 2012, pp. 217-232
- Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte,* Coimbra Editora, 2000.
- Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community (Discourses of Law)*, Routledge, New York, 2010
- Rogério Soares, «O conceito ocidental de constituição», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119, N.ºs 3743 (pp. 36-39) e 3744 (pp. 69-73)

II. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Tal como sublinhámos, o direito constitucional é essencialmente um *direito nacional com um importante radical histórico-cultural*, por isso estudar o direito constitucional ou o constitucionalismo de um país é também estudar a sua história e, em particular, a sua história política.

1. Breve alusão à história do constitucionalismo português

Nas origens do constitucionalismo português encontramos uma profunda influência da Revolução Francesa de 1789. Com efeito, no contexto das Guerras Napoleónicas, em particular da Guerra Peninsular por ocasião das Invasões Francesas, que se iniciaram em 1807, chegaram à Península Ibérica, como a quase toda a Europa, os ideais da Revolução Francesa — "Liberdade, Igualdade e Fraternidade" —, assim como os princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de Outubro de 1789, e da limitação do poder nas suas diversas versões ao longo das sucessivas Constituições adoptadas em França entre 1791 e 1804[20].

Inspirados por estes exemplos, e não obstante a circunstância de a orientação política portuguesa ser de resistência ao Império Francês de Napoleão e de aliança com o Reino Unido, um grupo de simpatizantes do ideário da Revolução Francesa, liderado por José de Abreu Campos, aproveitando a ida da corte portuguesa para o Brasil, apresentou um documento dirigido a Napoleão, onde se

[20] Durante este período da Revolução, França teve seis constituições: 1791; 1793; 1795; 1799; 1802 e 1804.

requeria a outorga de uma Constituição — episódio que ficou conhecido como a *Súplica Constitucional de 1808.*

Acredita-se que este episódio terá também sido influenciado pela experiência espanhola da Constituição de Baiona, uma "carta constitucional" imposta por Napoleão aos representantes espanhóis, em 1808, na cidade de Baiona. É de resto este episódio que desencadeia o movimento de revolta e resistência no país vizinho, que culmina com a aprovação da Constituição de 1812 (Constituição de Cádis).

1.1. Constituição de 1822

A primeira Constituição Portuguesa é a Constituição de 1822, também denominada como *Constituição vintista ou liberal*, aprovada pelas Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa de 1821.

Esta Constituição surge no contexto da Revolução Liberal de 1820, um movimento de base militar e maçónico, constituído no Porto, cujo principal propósito era reimplantar plenamente a soberania nacional, pôr termo ao período do "protectorado britânico" e restabelecer a exclusividade do comércio com as colónias, em especial com o Brasil.

É importante sublinhar, em primeiro lugar, a influência determinante da já mencionada Constituição Espanhola de 1812, também conhecida como Constituição de Cádis ou "La Pepa"[21]. Com efeito, a eleição dos representantes da nação à Assembleia Constituinte seguiu, com algumas adaptações, o sistema eleitoral observado na referida constituição espanhola e também os princípios

---

[21] A Constituição de Cádis (1812) foi promulgada no dia 19 de Março de 1812 (por ser o dia de S. José, a Constituição ficou conhecida como La Pepa) e foi a primeira Constituição da Península Ibérica.

inspiradores não eram muito distintos, pois nos dois casos o movimento revolucionário era, essencialmente, centrado no "inimigo externo" (os britânicos, no caso português, e os franceses, no caso espanhol), mas em ambas não se previa uma ruptura com o regime monárquico — pelo contrário, a intenção era submeter o rei à Constituição e à expressão da soberania popular — e, talvez por isso, ambas tiveram períodos iniciais de vigência muito curtos.

A Constituição de 1822 é uma constituição de inspiração iluminista e racionalista, assente sobre uma legitimidade democrática e centrada nas liberdades individuais. Importa, contudo, ressalvar que esta legitimidade democrática tem de ser interpretada segundo as regras da época, ou seja, num modelo de sociedade que ainda tinha escravatura[22], que não reconhecia o direito de sufrágio das mulheres e que também não reconhecia a cidadania aos filhos ilegítimos. Também o "catálogo" de direitos e deveres individuais, que constituía o primeiro título da Constituição, era limitado, essencialmente centrado nas liberdades individuais, como era característico do liberalismo individualista.

Ainda como marcas desta Constituição podemos destacar: *i)* o reconhecimento de uma religião oficial da nação (artigo 25.º); *ii)* a atribuição, em exclusivo, do poder legislativo às Cortes (artigo 102.º); *iii)* o reconhecimento de que a autoridade do Rei provinha da Nação (artigo 121.º); *iv)* a preocupação com a sucessão à Coroa (artigos 141.º e ss.); *v)* a concepção de um poder executivo delegado pelas Cortes em Secretários de Estado nas áreas ligadas à Administração Pública (do Reino), Justiça, Finanças, Guerra, Marinha e Estrangeiros, a quem, de

[22] Apesar de a abolição da escravatura remontar a 1761 (por decisão do Marquês de Pombal), o comércio de escravos ainda subsistiu e só em 1854 é que foi publicado o Decreto de libertação de todos os escravos que ainda restavam.

resto, cabia assinar os decretos e outros actos do Rei, sendo esta assinatura, condição de eficácia daqueles actos (artigo 161.º); *vi)* a existência de um Conselho de Estado para aconselhamento do Rei (artigo 162.º); *vii)* a autonomia do poder judicial, embora com graus distintos de independência; e *viii)* a promoção do ensino e da alfabetização da população.

Apesar das muitas inovações e do carácter moderado das modificações introduzidas por esta Constituição, a instabilidade política vivida à época justificou a sua curta vigência inicial, de Setembro de 1822 a Junho de 1823.

1.2. A Carta Constitucional de 1826

Não obstante D. João VI ter jurado a Constituição de 1822, quer a sua mulher, D. Carlota Joaquina, quer o filho, D. Miguel, nunca se conformaram com esta limitação do poder soberano do Rei.

Isto explica que em 1823 tenha tido lugar uma investida dos partidários absolutistas, liderada pelo infante D. Miguel a partir de Vila Franca de Xira (conhecida como a Vilafrancada), que, contudo, não foi bem-sucedida, pois D. João VI acabaria por dominar a revolta, mas sem com isso evitar a revogação da Constituição e a restauração do regime anterior. Apesar deste retrocesso, D. João VI prometera a elaboração de uma nova Constituição.

Entretanto, com a morte de D. João VI em 1826, D. Pedro IV, que nessa data já havia proclamado a independência do Brasil (em 1822), dotado aquele Território de uma constituição (1824) e tinha feito designar Imperador do mesmo, é coroado Rei e, sendo partidário de uma boa parte do ideário liberal, outorga ao Reino a *Carta Constitucional de 1826*.

A Carta Constitucional é um documento substancialmente diferente da Constituição de 1822, porque fundado na *legitimidade monárquica*. Quer isto dizer que a sua legitimação partia do Rei e do poder, o qual assentia em autolimitá-lo através do reconhecimento de competências de outras entidades que o coadjuvavam, sendo posteriormente jurado pelas "Três Ordens do Estado" (clero, nobreza e povo). O espírito da Carta Constitucional era, assim, bastante distante do de uma Constituição liberal, em especial no domínio do exercício do poder legislativo, pois, não obstante este ser atribuído às Cortes, o Rei reservava-se um 'poder de sanção', ou seja, os actos aprovados pelas Cortes só teriam força de lei após um acto do Rei.

Uma das principais características da Carta Constitucional foi o aparecimento do *poder moderador*, que se caracterizava por congregar no Rei, enquanto Chefe Supremo da Nação, o poder de velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos (artigo 71.º). Intrinsecamente associado a este poder estava a total irresponsabilidade do monarca (artigo 72.º), assim como um conjunto de prerrogativas que sobrepunham o poder do Monarca aos restantes poderes, tais como a reserva de outorga de força de lei aos Decretos e Resoluções das Cortes, o poder de convocar e adiar as Cortes e de dissolver a Câmara dos Deputados, nomear e demitir ministros e suspender os magistrados (artigo 74.º).

Outra das marcas distintivas da Carta Constitucional foi a instituição de um sistema bicameral, sendo as Cortes Gerais compostas pelos membros das duas Câmaras: *i)* a Câmara de Pares, cujos membros eram vitalícios, hereditários e nomeados pelo Rei, sem número fixo; e *ii)* a Câmara dos Deputados, que, pelo contrário, era electiva e temporária, cabendo a estes, exclusivamente, a iniciativa em matéria de impostos (artigo 35.º).

Ainda em relação ao *processo legislativo*, cumpre sublinhar que o poder de iniciativa legislativa cabia a qualquer das Câmaras (artigo 45.º) e ao poder executivo era reconhecida a prerrogativa de apresentar propostas que, posteriormente, mediante exame da Câmara dos Deputados, tomariam a forma de projectos de lei (artigo 46.º) e os diplomas aprovados por estas eram submetidos a sanção do Rei, o qual dava ou denegava a mesma no espaço de um mês desde a respectiva apresentação. Se fosse negada a sanção, esta denegação teria um efeito absoluto, no caso de consentimento, o diploma era promulgado pelo Rei, referendado pelo Secretário de Estado, selado e arquivado na Torre do Tombo, sendo remetidos exemplares para publicação em Câmaras do Reino, Tribunais e outros lugares (artigos 56.º a 62.º).

Também o poder executivo sofreu algumas alterações, pois o seu exercício, embora cometido ao Rei, que era o Chefe do Poder Executivo, passava a exercita-lo através dos seus Ministros de Estado (artigo 75.º), sendo esta uma 'figura nova' no sistema político nacional. É também na Carta Constitucional que surge a *referenda ministerial* dos actos do poder executivo para que os mesmos pudessem ser executados (artigo 102.º).

Em comum com a Constituição Liberal de 1822 tinha o reconhecimento de direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses (artigo 145.º), onde se denotava um alargamento do respectivo catálogo, com soluções especialmente arrojadas para a época, como: *i)* o reconhecimento de um direito patrimonial sobre as invenções (§ 24.º); *ii)* um princípio de responsabilidade dos funcionários públicos no exercício das suas funções (§27.º); e *iii)* uma regra de proibição de suspensão dos direitos, excepto em situações de ameaça para a segurança do Estado (§§ 33.º e 34.º). Para além disso, consagrava ainda preceitos de natureza social, assegurando a instrução primária gratuita para todos (§30.º), os socorros públicos (§ 29.º) e o ensino em Colégios e Universidades (§ 32.º).

A Carta Constitucional vigoraria, um primeiro período entre 1826 e 1828, data em que essa vigência seria interrompida pelo regime de D. Miguel.

Com efeito, apesar de ter jurado a Carta por duas vezes (uma ainda no exílio, em Viena, e outra já em Portugal, aquando do seu regresso a Lisboa, em 1828), D. Miguel sempre mostrou reservas em relação ao documento e acabaria por praticar uma série de actos, em desrespeito da Carta — entre os principais contam-se a dissolução da Câmara dos Deputados e a convocação das Cortes à antiga —, que conduziriam à sua abolição e à restauração do poder absoluto, o que culminaria com a guerra civil de 1828-1834.

Com a vitória de D. Pedro na guerra civil, a Carta seria restaurada em 1834, mas também este segundo período de vigência seria curto, uma vez que a Carta voltou a ser abolida em 1836.

1.3. A Constituição de 1838

A partir de 1836 manteve-se um clima de "guerra civil" entre "Setembristas" (que se apresentavam como radicais, invocando a soberania nacional, apesar de não comungarem necessariamente de uma ideologia republicana, limitando-se a "cercar a monarquia de um conjunto de instituições republicanas") e "Cartistas" (que se apresentavam como conservadores, invocando a "liberdade legal" e o respeito pelos princípios vertidos na Carta, ou seja, um parlamento representativo com poderes plenos, mas um Governo liderado pelo Rei), embora estes não fossem, também, em si, grupos homogéneos, antes se subdividindo em diversas facções.

Este clima de instabilidade política explica o *carácter pactuado* da *Constituição de 1838*, que tentaria satisfazer os anseios dos liberais nacionalistas e dos monárquicos,

mas que acabou por não agradar verdadeiramente a ninguém. Logo no preâmbulo fica claro o referido compromisso, apresentando-se esta Constituição como um 'produto' das Cortes Constituintes, aceite e jurada pela Monarca, a Rainha D. Maria II.

Entre as principais características da Constituição de 1838 contam-se: *i)* o 'regresso' de um catálogo de direitos e garantias dos portugueses na parte inicial do documento, com a consagração de novos direitos, como o direito de associação e de reunião (artigo 14.º); *ii)* a substituição da Câmara dos Pares por uma Câmara de Senadores, electiva[23] e temporária, com funções judiciais (artigos 58.º a 63.º); *iii)* a consagração do princípio da separação dos poderes e a atribuição do poder executivo ao Rei, que perde o poder moderador (artigos 34.º e 35.º); *iv)* a manutenção pelo Rei de alguns poderes excepcionais, como o de sancionar as leis e de dissolver a Câmara dos Deputados quando assim o exigir a salvação do Estado (artigo 81.º/I e III).

Apesar da ambição compromissória deste documento, ele não foi suficiente para acalmar o clima de permanente instabilidade política que se vivia e que, em grande medida, era uma consequência de os partidos políticos e de os Governos serem liderados por membros do exército e, em parte, por representantes da maçonaria.

Assim se compreende que esta Constituição tenha entrado em vigor em 1838 e tenha sido revogada pela reposição da vigência da Carta, em 1842, após o golpe de Estado de Costa Cabral, que introduziu em Portugal um sistema centralizado de Governo e de Administração.

[23] Embora com muitas limitações quanto à capacidade eleitoral passiva — artigo 77.º.

1.4. Os Actos Adicionais (à Carta) de 1852

Em 1842, a Carta entrou no seu terceiro período de vigência, que duraria até 1851, data do golpe de Estado do marechal-duque de Saldanha. No que haveria de ser denominado como o período da Regeneração — pela 'substituição' dos partidos "setembristas" e "cartistas" pelos "regeneradores" e históricos" — e/ou do Fontismo — devido à marcante acção política e administrativa de Fontes Pereira de Melo.

Em 1852, ainda durante a regência de D. Maria II e na sequência do mencionado golpe de Estado, é aprovado o *primeiro Acto Adicional à Carta*, cujo objectivo era adaptá-la aos ditames da revolução. Deste primeiro Acto Adicional devemos destacar: *i)* o poder de as cortes passarem a marcar os limites da autoridade do Regente; *ii)* a modificação dos pressupostos para a eleição como deputado; *iii)* a obrigação de ratificação prévia pelas Cortes de tratados, concordatas e convenções celebrados pelo Governo; e *iv)* a eleição directa do poder local (Câmaras Municipais).

Em 1885, D. Luís sanciona o *segundo Acto Adicional à Carta*, do qual destacamos as modificações introduzidas no poder moderador do Rei, que passa a ser exercido com a responsabilidade dos seus ministros, e que não só estabelece limites para o número de pares vitalícios (nunca podem exceder os 100), como ainda impõe como condição para a dissolução da Câmara dos Deputados e da parte electiva da Câmara dos Pares, que assim o exija "o bem do Estado".

O *terceiro Acto Adicional*, de 1895-1896, volta a inserir modificações na nomeação dos pares e no poder moderador do Rei, limitando novamente o número de pares para 90.

Em 1907, é aprovado o *quarto e último Acto Adicional*, que apenas cuida de eliminar as restrições ao número de pares nomeados, assim como de atribuir a competência, em exclusivo, ao Supremo Tribunal de Justiça, para conhecer dos delitos individuais dos Ministros de Estado.

É curioso notar que a Carta, com algumas modificações, foi o texto constitucional que se adaptou de forma mais eficaz aos últimos anos do regime monárquico português — quando, como dizia D. Carlos, em "Portugal já havia uma monarquia sem monárquicos" — e às suas inúmeras convulsões políticas.

1.5. A Constituição de 1911

A desorientação dos últimos anos da monarquia, em particular após o regicídio de 1908, acabaria por dar lugar à República, que, como Teófilo Braga reconheceu, "foi feita por acaso". Isto significa que a transição de regime político teve lugar em Portugal de forma quase ocasional e as mudanças não foram tão relevantes como em outros países. Praticamente desde que os liberais triunfaram sobre os absolutistas, em 1834, deixámos de ter defensores do regime monárquico e a "monarquia constitucional" era já uma "republicanização" do regime que apenas conservava a tradição dinástica.

Os republicanos eram um grupo heterogéneo, que se pretendia apresentar como uma "frente comum de luta pelos valores fracturantes", mas que acabaria por se revelar apenas um movimento ideológico e anticlerical sem reflexos sociológicos, mantendo-se a endogamia e o elitismo na ocupação dos cargos públicos, como ficou patente na composição da Assembleia Constituinte de 1911.

A Constituição de 1911 rompeu com as estruturas tradicionais do constitucionalismo monárquico, mas não conseguiu encontrar uma solução racional e adequada

para a separação dos poderes, ou seja, mais uma vez, procurando satisfazer pressupostos mais ideológicos do que racionais, optou por um sistema de Governo pouco operativo, centrado na ideia de que tudo passaria a depender do partido republicano.

Entre as principais características desta constituição destacamos: *i)* a escolha do suporte na soberania nacional, em detrimento da soberania popular (marca do referido elitismo) (artigo 5.º); *ii)* consagração de um catálogo de direitos e garantias individuais na parte inicial do texto (título II, artigos 3.º e 4.º); *iii)* instituição de um modelo bicameral — Câmara dos Deputados e Senado — para o poder legislativo (artigos 7.º a 35.º); *iv)* eleição indirecta do Presidente da República (eleito pelo Congresso, que reunia os eleitos das duas Câmaras), a quem era atribuído o poder executivo, mas que não tinha poderes próprios relevantes (nem de sanção, nem de veto de leis, nem de dissolução das Câmaras), o que fazia com que tudo, na prática, dependesse do poder legislativo (artigos 36.º a 48.º); e *v)* o reconhecimento, também, da independência do poder judicial.

A Constituição de 1911 foi revista por seis vezes: *i)* em 1916, para aditar um artigo que proibia a pena de morte, as penas corporais perpétuas ou de duração ilimitada, mesmo em estado de sítio, excepcionando-se apenas o teatro de guerra; *ii)* em 1919, para consagrar um subsídio a favor dos membros do Congresso; *iii)* novamente em 1919, para alterar as competências do Presidente da República, que passa a poder dissolver as Câmaras legislativas, sempre que tal seja exigido pelo interesse público e após consulta ao Conselho Parlamentar; *iv)* em 1920, para aprovar normas em matéria de descentralização administrativa das colónias; *v)* em 1921, para impor algumas modificações no modo de funcionamento das Câmaras Legislativas; e *vi)* em 1918, para alterar substancialmente a composição e a natureza do Senado, que passa a constituir um órgão de representação regional e profissional.

1.6. A Constituição de 1933

Após uma série de golpes militares e de governos ditatoriais militares no início do Século XX, Portugal teve novamente um governo civil em 1932, com a nomeação de António de Oliveira Salazar, pelo Marechal Carmona, como Presidente do Conselho de Ministros.

Nesse mesmo ano, Salazar preparou e apresentou um projecto de Constituição, que seria depois objecto de um plebiscito em 1933. O universo eleitoral deste plebiscito era composto por cerca de um milhão e trezentos mil eleitores, mas a grande crítica estava na circunstância de as abstenções e os votos em branco contarem como votos a favor, pois o "não" deveria ser expressamente escrito.

A Constituição de 1933, à semelhança das anteriores, contemplava, no artigo 8.º, um catálogo de direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses, mas o §2.º dispunha a possibilidade de os mesmos serem restringidos por *leis especiais*, o que permitia, com facilidade, neutralizar o respectivo âmbito de protecção[24].

No que respeita à organização do poder político, a Constituição de 1933 manteve as três instituições: *i)* o Presidente da República, chefe do Estado, que era eleito por sufrágio directo, para um mandato de sete anos, e tinha competência para nomear o Presidente do Conselho e os Ministros, dissolver a Assembleia Nacional e promulgar

---

[24] Na sua formulação: *"§ 2.º Leis especiais regularão o exercício da liberdade de expressão do pensamento, de ensino, de reunião e de associação, devendo, quanto à primeira, impedir preventiva ou repressivamente a perversão da opinião pública na sua função de força social, e salvaguardar a integridade moral dos cidadãos, a quem ficará assegurado o direito de fazer inserir gratuitamente a rectificação ou defesa na publicação periódica em que forem injuriados ou infamados, sem prejuízo de qualquer outra responsabilidade ou procedimento determinado por lei"*.

e mandar publicar leis (artigos 72.º a 82.º), sendo assistido por um Conselho de Estado (artigos 83.º e 84.º); *ii)* a Assembleia Nacional, que era o órgão legislativo, era composta por 90 deputados, eleitos por sufrágio directo, para um mandato de quatro anos, podendo conferir ao Governo autorizações legislativas (artigos 85.º a 101.º), junto da Assembleia funcionava uma Câmara corporativa, que apenas tinha competência consultiva (artigos 102.º a 105.º); *iii)* o Governo era constituído pelo Presidente do Conselho e pelos Ministros, sendo este nomeado e demitido livremente pelo Presidente da República, não havia uma duração para o mandato do Governo, sendo este exclusivamente responsável perante o Presidente da República, e entre os seus poderes incluía-se o poder de referendar ao actos do Presidente, elaborar decretos-lei no uso de autorizações legislativas ou nos casos de urgência ou necessidade, o de elaborar os regulamentos necessários à execução das lei e de conduzir a Administração Pública (artigos 106.º a 114.º).

Mais do que na organização do poder político constitucionalmente estabelecida, as perversões no funcionamento do sistema derivaram do modo como cada órgão exerceu os seus poderes e, na prática, o regime passou a assentar no Presidente do Conselho, que era o verdadeiro detentor do poder, uma vez que só respondia perante o Presidente da República, que, no essencial, apenas tinha alguns poderes relevantes (demissão do Governo e dissolução da Assembleia), mas que não os exercia, e nas restantes matérias, os seus actos dependiam de referenda ministerial, o que, na prática, se traduzia na necessidade de uma concordância do Presidente do Conselho, sob pena de ineficácia dos actos. Por seu turno, a Assembleia Nacional acabaria também por se tornar irrelevante, na medida em que o Governo dispunha de poderes legislativos e, nessa medida, podia dispensar-se a actuação daquele órgão, que chegou a funcionar apenas 46 dias por ano.

No mais, esta constituição também garantia a independência do poder judicial e as garantias de irresponsabilidade e inamovibilidade aos juízes (artigos 115.º a 123.º), mantinha a separação entre o Estado e a Igreja (artigos 45.º a 48.º), embora incluísse algumas normas que eram contrárias aos valores liberais e impositivas de uma certa *ideia de moral*, que se traduzia na limitação das liberdades públicas — como a defesa de um certo modelo de família (artigos 11.º a 13.º), o controlo da imprensa, considerada um serviço público (artigo 21.º), a proibição de greves (artigo 24.º) — o que era, de resto, típico das constituições autoritárias ou de Estados totalitários vigentes à época, quer de inspiração fascista, quer de inspiração das correntes comunistas.

A Constituição de 1933 seria objecto de 10 revisões constitucionais: três logo em 1935, e outras três nos anos seguintes (1936 a 1938) — estas seis primeiras revisões 'endureceram' o caracter nacionalista da Constituição em matéria de regulação de liberdades públicas. Seguiu-se uma revisão em 1945, após a II.ª Guerra Mundial que, entre outras marcas, ampliou o poder do Governo, o qual assim passou a poder aprovar convenções e tratados internacionais e a publicar decretos-lei sem prévia autorização da Assembleia Nacional, bastando a sua posterior ratificação. A Constituição foi ainda revista em 1951, quando, pela primeira vez, se fala do direito ao trabalho. A nona revisão teve lugar em 1959 e a última em 1971, já sob a Presidência do Conselho de Marcello Caetano.

1.7. A Constituição de 1976

Com a revolução de 25 de Abril de 1974 — mais um golpe de Estado militar da história portuguesa — cessa o período do Estado Novo e começa uma nova fase política em Portugal. Em boa verdade, no período compreendido entre 25 de Abril de 1974 e 25 de Novembro de 1975,

o país ficou imerso numa fase de tendencial anomia, que assumiu a designação de PREC — Processo Revolucionário em Curso. As forças militares radicais tomaram conta dos órgãos de governo provisórios, mormente do Conselho da Revolução, e o país ficou dividido entre radicais e moderados, uma divisão que se tornou especialmente preocupante no denominado Verão Quente de 1975. Foi graças ao fracasso da tentativa de golpe militar de 25 de Novembro de 1975, em que os radicais saíram derrotados, que foi possível começar a construir uma democracia pluralista e levar a bom termo o processo constitucional, que culminaria com a aprovação da Constituição de 1976.

Todavia, esta foi ainda, como já dissemos, uma Constituição que continha uma marca muito expressiva da revolução e de alguns ideais radicais, pelo que, só após a revisão constitucional de 1982 foi possível concluir o processo democrático e desmilitarizar a Constituição, assim como reverter uma parte da ideologia socializante da economia e da sociedade portuguesa que caracterizava o texto inicial.

> Alguns autores, na esteira de Francisco Lucas Pires, comungavam em 1982 a ideia de que a Constituição de 1976, na sua redacção inicial, fora *o texto possível* em face da necessidade de pactuar entre os partidos políticos, as forças radicais (que no cerco à Assembleia Constituinte mostraram ter preferência pela inexistência de uma Constituição) e os militares, mas que era claramente um "texto a prazo", ou seja, um texto com revisão (pré-)datada em função do que seria a evolução social, política e económica da sociedade, da política e da economia portuguesa.
>
> E, em 1982, com a adesão à CEE em vista, a sociedade e a economia nacional haviam-se afastado claramente das propostascolectivistas de 1974, o que permitiu formar os consensos necessários na Assembleia da República para promover a profunda revisão constitucional e substituir

> aquelas formulações ideológicas por princípios fundamentais comuns às democracias sociais de mercado, assim como extinguir os órgãos militarizados e proceder à sua substituição por instituições normais em regimes democráticos, como foi o caso da extinção do Conselho da Revolução (artigos 142.º, 284.º e 285.º) e da criação e atribuição do poder de controlo e fiscalização da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional (artigos 213.º, 277.º a 282.º).

Um processo que, apesar de tudo, não ficara completo naquela data e que foi retomado na revisão constitucional de 1989, a qual assumiu uma importância determinante, como já dissemos, na "descolectivização" do modelo económico, de que são emblemáticas alterações como a revogação da irreversibilidade das nacionalizações (primitivo artigo 83.º da C.R.P.) e a respectiva substituição pela conformação normativa das reprivatizações (novo artigo 85.º) ou a revogação das normas referentes à propriedade social (primitivo artigo 90.º) e a sua substituição pela participação dos trabalhadores na gestão das unidades de produção do sector público (novo artigo 90.º).

Esta modificação substancial da versão inicial da Constituição de 1974 seria complementada com as 'reformas políticas' de 1997 — esta centrada nas instituições nacionais — e de 2004 — mais dedicada ao aprofundamento da autonomia regional.

Síntese esquemática do constitucionalismo português

Friso Cronológico da vigência das Constituições Portuguesas (Constituições Monárquicas)							
1822-1823	1823-1826	1826-1828	1828-1834	1836-1838	1838-1842	1842-1852	1852-1910
Constituição de 1822 (1.ª vigência)	Abolição da Constituição e regresso ao regime pré-constitucional	Carta Constitucional (1.ª vigência)	Guerra Civil Latência constitucional	Constituição de 1822 (2.ª vigência)	Constituição de 1838	Carta Constitucional (3.ª vigência)	Carta Constitucional Revista Actos adicionais

Friso Cronológico da vigência das Constituições Portuguesas

(Constituições Republicanas)

1911 - 1918	1917-1918	1918-1926	1926-1933	1933-1974	1974-1976	1976
Constituição de 1911	Governo ditatorial (Sidónio Pais) Latência constitucional	Constituição de 1911	Ditadura militar Latência constitucional	Constituição de 1933	Revolução do 25 de Abril Latência constitucional	Constituição de 1976

Revisões da Constituição de 1976						
1.ª Revisão ordinária de 1982	2.ª Revisão ordinária de 1989	3.ª Revisão extraordinária de 1992	4.ª Revisão ordinária de 1997	5.º Revisão extraordinária de 2001	6.º Revisão ordinária de 2004	7.º Revisão extraordinária de 2005
Altera o sentido revolucionário e socializante	Põe termo ao modelo socializante para a economia	Visa permitir a ratificação do Tratado de Maastricht	Introduz alterações gerais, especialmente no sistema político	Permite a ratificação do Tratado de adesão ao Tribunal Penal Internacional	Aprofunda a autonomia política das Regiões Autónomas	Permite a realização de um referendo sobre a Europa

2. Caracterização sumária e sistematização da actual Constituição de 1976

A Constituição Portuguesa é uma *constituição escrita* (característica dos modelos continentais ou de *civil law*), mas considerada *demasiado extensa* para o Século XXI, e sobretudo para um país como Portugal, especialmente integrado em ordenamentos normativos supranacionais — quer de natureza jurídico-económico-social (como a União Europeia), quer de natureza exclusivamente jurídico-económica, como a Organização Mundial do Comércio, quer ainda de natureza jurídica associada à defesa de direitos humanos, como é o caso do Conselho da Europa — o que potencia o risco de conflitos normativos.

Na sua redacção actual, ou seja, após as sete revisões constitucionais, a Constituição de 1976 apresenta uma estrutura muito semelhante às suas homólogas do denominado *constitucionalismo moderno*. Vejamos.

Tem um preâmbulo que é revelador da sua origem e da sua história — natureza revolucionária na transição de um regime ditatorial e colonialista —, das aspirações do poder constituinte da época — fundar um Estado de Direito, com o reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos e instituir um regime democrático — e das vicissitudes que marcaram as perturbações dos primeiros anos da sua vigência ligados à consolidação do actual regime democrático, plural e fundado num ordenamento jurídico civil — aí se encontra ainda a referência anacrónica à abertura do "caminho para uma sociedade socialista".

Dedica os primeiros artigos à caracterização do Estado português — uma *república* (artigo 1.º da C.R.P.), assente na *soberania popular* (artigo 3.º da C.R.P.), um *Estado unitário*, *com Regiões Autónomas* e assente nos *princípios da subsidiariedade,* da *autonomia do poder local* e da

descentralização democrática da Administração Pública (artigo 6.º da C.R.P.), assente no *princípio da independência nacional*, internacionalmente comprometido com os valores jurídicos do respeito pelos direitos do homem e da cooperação internacional e com as disposições dos tratados que regem a União Europeia (artigos 7.º e 8.º da C.R.P.) — e à afirmação dos *Princípios Fundamentais* nos quais se funda e pelos quais se rege — *princípio da dignidade da pessoa humana* (artigo 1.º da C.R.P.), *princípio do Estado de Direito* (artigo 2.º da C.R.P.), *princípio democrático* (artigo 10.º da C.R.P.), *princípio da igualdade* (artigo 13.º da C.R.P.).

A *Parte I* (artigos 12.º a 79.º da C.R.P.) é consagrada aos *direitos e deveres fundamentais*, onde se inclui um amplo catálogo de direitos, liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais, bem como os respectivos âmbitos de aplicação e regimes jurídicos.

Na *Parte II* (artigos 80.º a 108.º da C.R.P.) inscrevem-se normas sobre os princípios fundamentais da organização económica, orçamental e financeira, bem como os princípios fundamentais que a regem. Esta é, todavia, uma parte hoje profundamente desactualizada: *i)* pelos desenvolvimentos registados na organização económica e financeira global, que alteraram os pressupostos em que se baseiam os princípios e as incumbências prioritárias do Estado nestas matérias; *ii)* pelo predomínio da economia social de mercado, que torna obsoletas muitas referências e directrizes em matéria de planificação económica e de políticas públicas (como a eliminação dos latifúndios, artigo 94.º); *iii)* pela integração num espaço jurídico-económico supranacional, com regras próprias que gozam de preferência aplicativa (como acontece com a matéria dos auxílios do Estado — artigo 97.º da CRP e 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia); *iv)* pelas consequências da harmonização fiscal internacional e europeia, que neutralizam os objectivos

programáticos da "constituição fiscal" (designação dada aos artigo 103.º e 104.º da C.R.P.), em particular o disposto no artigo 104.º da C.R.P.; *v)* pelas decorrências, no plano nacional, da assinatura do Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária (o denominado "Pacto Orçamental"), que impõe novas regras nesta matéria, as quais se sobrepõem ao disposto nos artigos 105.º a 107.º da C.R.P..

A *Parte III* (artigos 108.º a 276.º da C.R.P.), a mais extensa, cuida da *organização do poder político* e assume um papel preponderante na Constituição actual, uma vez que é a única que não tem a "concorrência" de normação externa, sendo exclusivamente gizada pelo poder soberano nacional e é a partir dela que se assegura um regular e correcto funcionamento das instituições democráticas e, com isso, da sociedade. Aí se consagram as instituições do poder político, as regras sobre a sua eleição e respectivos poderes funcionais, parâmetros essenciais da democracia e da caracterização do sistema político nacional. É também aí que, ainda no plano dos órgãos de soberania, se indicam as categorias de tribunais, se caracteriza a função jurisdicional, o estatuto dos juízes, do Ministério Público e do Tribunal Constitucional, bem como o funcionamento do sistema de justiça enquanto poder independente. Para além dos órgãos de soberania, a Parte II da Constituição contempla ainda regras de organização, eleição e funcionamento das Regiões Autónomas, do Poder Local e Regional, da Administração Pública e da Defesa Nacional.

Por último, a *Parte IV* (artigos 277.º a 289.º da C.R.P.) trata da *Garantia e Revisão da Constituição*, dividindo-se entre as regras que disciplinam os diversos processos de fiscalização da constitucionalidade das normas e as regras que disciplinam os poderes e os limites ao exercício do poder de revisão constitucional.

Leituras complementares aconselhadas:

- J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª edição, Almedina Coimbra, 2003
- Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Volume I, Tomo I,* 2, Coimbra Editora, 2014
- Jorge Miranda, *As Constituições Portuguesas. De 1822 ao Texto Actual da Constituição*, Livraria Petrony, 2004.

Leituras para aprofundar os conhecimentos:

- Barbosa de Melo / Cardoso da Costa / Vieira de Andrade, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição,* Coimbra Editora, 1981
- Rui Ramos (Coord.), *História de Portugal,* 4.ª Edição, a esfera dos livros, Lisboa, 2010.

III. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

temente do que sucede em regimes de *controlo fraco* (*weak judicial review*, também na fórmula de Tushnet), onde as decisões do órgão de controlo da Constituição podem ser superadas por decisões dos órgãos representativos do poder democrático, como acontece com a cláusula derrogatória de direitos e liberdades fundamentais no Canadá (*notwithstanding clause*[26]).

Este poder de controlo da constitucionalidade dos actos do poder democrático suscita diversos problemas — alguns que já referimos e outros que serão analisados mais em pormenor no estudo do controlo de constitucionalidade — e um deles decorre, precisamente, do *papel que os princípios e os valores constitucionais* representam no âmbito destas decisões.

Com efeito, o constitucionalismo europeu do pós-guerra generalizou a ideia de que é essencial dispor de um órgão independente para assegurar o controlo de constitucionalidade dos actos do poder público, em especial, os actos do poder legislativo, e assim garantir a efectividade da Constituição, independentemente dos diversos modelos que em concreto se podem conceber para este efeito. Maioritariamente, os modelos reconduzem-se — já o dissemos — à atribuição desse poder a um Tribunal Superior do Estado, à semelhança do que acontece nos Estados Unidos da América, ou à criação de um órgão

---

como critério de validade, não se confunde com a *força executória* das mesmas, ou seja, com a existência de instrumentos legais que permitam garantir o *efectivo cumprimento* das respectivas decisões pelos restantes órgãos de soberania (incluindo pelos restantes tribunais).

[26] No §33(1) da *Constitution Act (1982) Canadian Charter of Rights and Freedoms* pode ler-se: *"(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter".*

judicial especial, como sucede em quase toda a Europa e entre nós, com o Tribunal Constitucional[27].

Na essência desta opção — de tornar efectivo o controlo de constitucionalidade dos actos do poder público — está a garantia de efectividade da Constituição e de um regime de direitos e liberdades fundamentais, e a *erosão que este sistema provoca no âmbito do princípio da separação de poderes* é o preço que temos de pagar pelos benefícios alcançados.

Ora, se o controlo de constitucionalidade, em si, já provoca esta perturbação no âmbito do funcionamento do Estado de Direito e da efectiva separação dos poderes, não é difícil perceber que quanto mais amplo for o poder do órgão de controlo, maior e mais intensa será a referida perturbação. E um dos domínios que mais contribui para este resultado é a possibilidade de o órgão de controlo invocar não só *regras e preceitos constitucionais*, mas sobretudo *valores e princípios*, em particular quando se trata de *princípios não escritos*.

Assim, em primeiro lugar, importa distinguir *princípios* de *valores constitucionais*.

Os *princípios fundamentais* ou *constitucionais* são apresentados como fontes legítimas de Direito no contexto da hermenêutica constitucional por resultarem de uma universalização do Direito (uma espécie de enunciações de direito natural); ao passo que os *valores constitucionais* são

[27] Sem prejuízo de maiores desenvolvimentos ulteriores sobre este tema, importa lembrar que o Tribunal Constitucional Português é um órgão do poder judicial, mas apresenta uma composição mista (inclui juízes dos restantes tribunais e juristas que não são magistrados) e obedece a um modo de designação dos juízes que maioritariamente depende dos representantes na Assembleia da República (dos treze juízes que integram o Tribunal Constitucional, dez são designados pelo parlamento e os outros três são cooptados por estes), por essa razão, não se pode considerar um órgão exclusivamente reconduzível ao poder judicial, sendo por muitos considerado um órgão de controlo político-judicial.

uma expressão de dimensões socioculturais pré-constitucionais ou inalienáveis da nova ordem jurídica quando esta pretende ser uma ordem de ruptura com um *status quo* anterior.

> Por exemplo, quando no artigo 1.º da Constituição Portuguesa se afirma que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana", transmite-se um valor constitucional (uma dimensão sociocultural pré-constitucional, pois esse é o sentimento geral do povo português), do mesmo modo que quando no artigo 2 da Constituição da Turquia se afirma que *"The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law(...)"* se exprime um valor constitucional da nova ordem jurídica, que pretende romper com a hegemonia que a religião assumia no governo de uma sociedade maioritariamente islâmica.

Existe uma propensão para a colisão entre os *princípios fundamentais* e os *valores constitucionais*, quando estes são expressão inalienável de uma dimensão sociocultural.

> Por exemplo, a referência a estes valores constitucionais no âmbito do controlo de constitucionalidade pode suscitar problemas quando se trata de *valores constitucionais* colidentes com *princípios fundamentais*, pois a afirmação de um valor radical de secularismo numa sociedade profundamente islâmica origina conflitos e tensões permanentes quanto ao respeito pelo princípio fundamental da liberdade religiosa[28].

[28] Em relação à Turquia, tornou-se emblemático o caso da estudante de medicina, pertencente a uma família muçulmana tradicional, que foi impedida de utilizar o "véu islâmico" na Universidade de Istambul, por causa das regras legais em matéria de secularismo. O caso chegou ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - *Leyla Şahin v. Turkey* (Application no. 44774/98), de 2005 — que considerou não existir uma violação do direito à liberdade religiosa, nem do direito à educação, na medida em que considerou as normas impostas pelo Estado em matéria de secularismo, que consagravam restrições aos direitos de manifestação externa da crença religiosa, como medidas adequadas à promoção de um espaço de tolerância para o convívio de todas as religiões e de garantia da ordem pública.

Todavia, a distinção entre estas duas categorias nem sempre é clara e o Tribunal Constitucional alemão — cuja jurisprudência goza, tradicionalmente, de uma forte influência sobre a dos restantes tribunais constitucionais europeus, a que também o Tribunal Constitucional Português não tem escapado — contribuiu para dificultar esta distinção quando afirmou que é *mister* do controlo de constitucionalidade assegurar a efectividade da *'ordem objectiva de valores'* (*eine objective Wertordnung*). Com esta expressão, o Tribunal Constitucional alemão pretendeu erguer ao estatuto de valores constitucionais certos princípios fundamentais, ou seja, invocou a necessidade de generalização e abstracção de certos valores, independentemente da base sociocultural de suporte que tenham num determinado ordenamento jurídico-constitucional. É certo que esta posição se compreende como 'reacção' à experiência político-constitucional daquele país que conduziu à II.ª Guerra Mundial, mas é também certo que esta posição contribuiu para aprofundar os problemas de *governabilidade* a que actualmente assistimos, quando a 'linguagem dos princípios' passou a dominar e a sobrepor-se às escolhas em matéria de políticas públicas.

Um dos principais teorizadores dos princípios fundamentais foi Ronald Dworkin. Este filósofo norte-americano defendia que os princípios eram orientações vinculativas dotadas de efectividade por consubstanciarem uma expressão normativa de valores morais, como a justiça ou a igualdade[29]. Importa, contudo, sublinhar que o

[29] É essencial que um constitucionalista contemporâneo conheça bem a obra deste filósofo. Na obra *Tomemos os Direitos a Sério* (*Taking Rights Seriously*), de 1977, o autor reagia contra o positivismo e defendia a necessidade de promover activamente os valores normativos independentemente dos enunciados textuais, o que levou muitos críticos a considerar que ele defendia essencialmente uma "Constituição invisível". Mais tarde, no livro *Uma questão de princípio* (*Matter Of Principle*), de 1986, orienta a sua posição para uma defesa dos valores constitucionais (morais), expressos nos princípios, a partir da teoria da interpretação, ou

autor distinguia os *princípios*, cuja finalidade era estabelecer e suportar teoricamente direitos individuais, da *política*, que visava estabelecer objectivos, metas e medidas para a prossecução do interesse geral ou colectivo (do bem comum).

No quadro da separação de poderes, a *política* (ou a condução das *políticas públicas*) é uma actividade que cabe aos poderes executivo e legislativo, sendo o primeiro responsável perante o segundo (*princípio da legalidade*) e este perante os seus eleitores (*accountability*). Já a garantia dos *princípios* é uma actividade que, em última instância, é da competência do poder judicial.

Ora, se atentarmos na circunstância de que os *princípios* gozam de um elevado nível de abstracção, percebemos que a sua invocação pelos tribunais para 'derrubar' actos do poder legislativo, o qual goza de legitimidade democrática directa, pode suscitar problemas em matéria de *legitimidade* das decisões, pois é muito difícil enunciar o conteúdo de um princípio, para além daquilo que seja o seu núcleo essencial, com o intuito de provocar modificações positivas no quadro legislativo, quando estas modificações podem não ser compagináveis com as concretas condições fácticas em que se desenvolvem as opções políticas. Além disso, sendo uma tarefa interpretativa, é normal que cada intérprete tenha a sua própria

---

seja, as normas e as regras constitucionais devem ser interpretadas segundo os princípios. Mais tarde, em *O Império do Direito* (*Law's Empire*), de 1998, e, por último, em *Justiça para Ouriços (Justice for Hedgehogs*), de 2013, assenta o seu discurso na luta contra as correntes utilitaristas, que vêem o bem comum como expressão do bem-estar da maioria, para defender que o Direito tem de ser um instrumento de promoção de certos valores éticos. Trata-se, portanto, de uma proposta voluntarista para o direito, e em especial para o direito constitucional, o que explica a sua enorme popularidade entre os defensores do *judicialismo constitucional* (da realização do direito constitucional pelos tribunais, que funcionariam não só como legislador negativo, mas também como legislador positivo), que inspira os modelos de *activismo judicial*.

ideia sobre o conteúdo do princípio, o que mostra que as decisões de controlo de constitucionalidade fundadas na interpretação e aplicação de princípios constitucionais colocam problemas de neutralidade.

> Por exemplo, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 400/2011 analisou-se a conformidade constitucional da norma legal que considera que a obrigação de o Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores assegurar a pensão de alimentos de um menor, em substituição do devedor, só se constitui com a decisão do Tribunal que determina o montante da prestação a pagar por este Fundo, não sendo exigível o pagamento de prestações respeitantes a períodos anteriores a essa decisão. Neste caso suscitou-se o problema da violação ou não do *princípio da dignidade da pessoa humana* por parte da referida norma legal. O Tribunal concluiu pela não violação daquele princípio, entendendo que por se tratar de um direito social a prestações a cargo do Estado, o legislador dispõe de uma margem de livre conformação na determinação da solução segundo o *princípio da reserva do possível,* e, de acordo com o Tribunal, o núcleo deste princípio visa impedir que o menor fique colocado numa situação de privação de bens materiais essenciais ao seu desenvolvimento, que cumpre ao Estado assegurar de forma subsidiária, através daquele Fundo, quando os progenitores falhem no cumprimento das suas obrigações, pois estes são os primeiros responsáveis e o dever de protecção constitucional das crianças é assegurado, em primeira linha, pela instituição dos mecanismos adequados para que os progenitores cumpram as suas obrigações. Assim, quando essa situação de privação ocorre por falta de cumprimento dos deveres parentais, considera o Tribunal que o pagamento retroactivo das prestações não é um meio idóneo para impedir aquele resultado. Em sentido contrário, os conselheiros Sousa Ribeiro e Rui Moura Ramos, consideraram que a obrigação de um Fundo satisfazer retroactivamente as prestações em falta é uma obrigação decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, na expressão do direito a um mínimo para uma existência condigna, pois de outro modo haverá um

défice de protecção constitucional do direito da criança. Um acórdão que é especialmente elucidativo da *subjectividade* inerente à interpretação e aplicação dos princípios fundamentais.

Para além destes problemas, os princípios suscitam ainda questões de *harmonização aplicativa*, pois eles são, por natureza, tendencialmente conflituantes entre si. Por essa razão, a jurisprudência constitucional germânica desenvolveu o *princípio da concordância prática* (este princípio foi enunciado pela primeira vez no caso *Southwest*, em 1951[30]), segundo o qual os princípios constitucionais devem ser interpretados de modo a que a sua operatividade não ponha em causa a operatividade dos restantes, como, de resto, é pressuposto no âmbito de um entendimento da constituição como um *corpus* normativo unitário.

Por exemplo, a questão foi tratada entre nós no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010 a propósito da conformidade constitucional da norma legal que excluiu a ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, e no qual se discutiu, à luz do *método* ou *princípio da concordância prática,* a operatividade de *dois valores constitucionais*: por um lado, a protecção da vida intra-uterina e, por outro, a liberdade da mulher que pretende abortar e

[30] Apesar do papel emblemático que a doutrina aponta a este caso, veremos que o problema concreto é algo distante dos temas que em regra temos em mente ao tratar dos princípios no contexto das relações individuais e entre os indivíduos e o poder público. No caso concreto discutia-se o direito à autodeterminação regional do Estado de Baden perante a pretensão Federal da Comissão Constitucional de fusão do mesmo com o de Wüttemberg e a criação do Estado de Baden-Wüttemberg. Insatisfeito, o Estado de Baden decidiu recorrer ao recém-criado Tribunal Constitucional (cuja sede havia sido fixada na respectiva capital estadual, em Karlsruhe) para fazer valer os seus direitos. É nessa decisão que o Tribunal, invocando o *interesse superior da unidade federal*, reconhece a necessidade de limitação de direitos e princípios fundamentais a partir do princípio da concordância prática entre os princípios da unidade e da autonomia.

que integra essa decisão na expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade.

O Tribunal, por uma maioria de 7 juízes contra 5, decidiu que a concordância prática entre os dois valores era compaginável com a solução de admitir a interrupção voluntária da gravidez, até às 10 semanas, dependendo a mesma apenas de uma comprovação do referido prazo e da livre vontade da gestante. Já os juízes que votaram vencidos, segundo as declarações de voto que juntaram ao acórdão, consideraram, no seu conjunto, que o mencionado princípio da concordância prática não chegou efectivamente a ser aplicado, na medida em que a solução legal adoptada (mero prazo), que "revogou" a obrigação de uma consulta prévia de aconselhamento da mulher, se traduziu numa desprotecção total do valor constitucional vida intra-uterina, que o Estado está obrigado a promover *ex vi* artigo 24.º da C.R.P. Uma vez mais este exemplo ilustra a *subjectividade* inerente a estas decisões, mesmo quando a discussão e a argumentação jurídicas se cingem ao plano abstracto.

Mas anteriormente, no acórdão n.º 292/2008, a propósito da relação entre a liberdade de expressão e a protecção da honra e do direito ao bom nome, o Tribunal Constitucional havia afirmado que "a aplicação do princípio da concordância prática não pode implicar a afectação do conteúdo essencial de nenhum dos direitos em presença e também não impõe a realização óptima de cada um dos direitos em jogo". E, transcrevendo Vieira de Andrade, concluíra que "o princípio da concordância prática executa-se, portanto, através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito. Por um lado, exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja adequado e necessário à salvaguarda dos outros. Se o não for, não chega sequer a existir um verdadeiro conflito. Por outro lado, e aqui estamos perante a ideia da proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão no caso (a "preferência concreta") se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na

> situação — segundo a intensidade e a extensão com que a sua compressão no caso afecta a protecção que lhes é constitucionalmente concedida".

Neste caso, uma vez mais, o sistema de controlo de constitucionalidade das normas ditará o modo como essa concordância prática é definitivamente estabelecida, se mediante um diálogo institucional, se mediante uma decisão de um órgão com poderes exclusivos e definitivos para o efeito — um Tribunal.

É importante, por isso, compreender que a *concordância prática,* originária do sistema germânico e, em especial, da jurisprudência do seu tribunal constitucional, que se baseia em juízos normativos abstractos, não se identifica com a *ponderação* judicial concreta (*constitutional adjudication*) que os tribunais são chamados a fazer quando são confrontados com este tipo de conflitos em litígios que envolvem um caso concreto (*judicial review*) — como sucede em regra nos sistemas de *common law* — em que uma parte invoca a violação de um valor ou princípio constitucional por parte de uma norma legal. Embora essa aproximação possa depois registar-se quando estas decisões judiciais se constituem como "precedentes", ou seja, quando adquirem um "estatuto normativo" (tema que estudaremos a propósito do controlo de constitucionalidade e dos efeitos das respectivas sentenças).

> Por exemplo, no caso *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), julgado em última instância pelo *Supreme Court* dos EUA, uma grávida invocou a inconstitucionalidade das normas penais do Estado do Texas que incriminavam o aborto e a respectiva tentativa sempre que o mesmo não fosse realizado mediante indicação médica e para salvar a vida da gestante. No caso concreto, o *Supreme Court* acabaria por declarar as normas penais do Texas vagas e violadoras do direito à autonomia privada (*privacy*) da autora (violação da 9.ª emenda, onde se admite o reconhecimento de direitos não expressamente invocados na Constituição; e da 14.ª emenda, que reconhece alguns

> direitos de cidadania, entre os quais inclui os direitos reprodutivos). A decisão deste caso haveria, posteriormente, de se consubstanciar num *precedente* segundo o qual existe liberdade de escolha por parte da mulher em relação a realizar ou não um aborto até que o feto seja viável (sistema de prazos).

Um último ponto essencial a destacar nesta parte introdutória dos princípios é a sua *distinção face às regras*. Com efeito, os princípios são — como vimos e teremos oportunidade de concretizar melhor ao longo do respectivo estudo individualizado —, por natureza, de *conteúdo fluído*, o que significa que em relação a eles é possível sempre definir um *núcleo caracterizador*, mas *não um conteúdo concreto e completamente identificável ou determinável* a partir das regras da hermenêutica, pois, ao terem uma vocação universal (são uma expressão material do direito natural), defrontam-se com os *limites próprios dos bens sociais*, ou seja, com as referências culturais intrínsecas.

Para além disso, *os princípios são*, como já dissemos, *tendencialmente conflituantes* entre si, em especial pela vocação expansiva que o respectivo conteúdo apresenta, que acaba sempre por colidir com o conteúdo de outro princípio, resolvendo-se estes conflitos segundo o *princípio da concordância prática*, o que significa que tendo uma vocação de validade, a mesma não é absoluta, ou seja, não acompanha a totalidade do seu conteúdo expansivo, mas apenas o núcleo essencial.

Já as *regras*, ao contrário dos princípios, têm um conteúdo determinado ou determinável segundo as regras da hermenêutica (da interpretação jurídica), uma vocação de *validade absoluta* em relação ao objecto que regulam e, em caso de conflitos entre elas, o mesmo tem de ser solucionado segundo as *regras tradicionais em matéria de solução de conflitos normativos*: lei posterior revoga lei anterior; lei especial derroga lei geral, etc. Quer isto que o princípio da concordância prática não tem aplicação no domínio dos

conflitos entre duas regras, pois neste caso apenas uma delas há-de prevalecer.

Por último, também não existem verdadeiros casos de conflitos entre regras e princípios, pois o que existe, na prática, é uma *subordinação material das regras aos princípios*, assentando o critério de avaliação na conformidade das regras com os princípios. Desta avaliação pode resultar: um *juízo de conformidade* da regra com o princípio; um *juízo de desconformidade total* da regra com o princípio, o que determina a invalidade da primeira; e *juízos intermédios de conformidade parcial*, de onde pode resultar a *validade parcial da regra se interpretada em conformidade com o sentido que é ditado pelo princípio* ou a *invalidade da regra quando interpretada no sentido que é desconforme com o conteúdo do princípio*.

1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A *dignidade da pessoa humana* é um conceito complexo que apresenta diversas variantes ou cambiantes jurídico-constitucionais, desde logo por ser um conceito que não é originário do constitucionalismo, embora tenha sido profundamente *recriado* por este no pós- IIª Guerra Mundial.

Com efeito, a *dignidade da pessoa* é um conceito pré-constitucional, que na cultura ocidental surge inevitavelmente associado à teologia cristã e às virtudes que o Homem deveria prosseguir, pois, tal como Deus, ele é livre nas suas escolhas e é nelas e através delas que deve afirmar o seu processo de aperfeiçoamento, sendo aí (na sua relação com o 'próximo') que revela a sua dignidade. Não queremos com isto dizer que nas outras religiões a *dignidade humana* não esteja também presente, sobretudo nas derivações do Judaísmo, mas foi sobretudo a teologia cristã que mais se dedicou à teorização deste conceito.

Apesar desta *origem teológica*, o mais normal é encontrarmos entre os autores referências às origens filosóficas do conceito, em particular à *filosofia moral* de Kant estruturada sobre o *imperativo categórico*, que, segundo o filósofo, justificaria a racionalidade do agir humano, ou seja, apesar dos desejos e das pulsões, a obrigação moral incondicional que caracteriza o ser humano (a humanidade individual) é o que justifica a bondade dos seus actos e, nessa medida, a sua liberdade. Para Kant, sempre que o Homem actua segundo o imperativo categórico realiza a sua humanidade, porque prossegue um fim pelo fim e não um meio, e transporta essa humanidade para a relação com os outros, encarando-os também como fins em si e não como meios ou instrumentos da (ou para a) sua própria realização. É este pressuposto filosófico que mais tarde influência o conceito constitucional de *dignidade da pessoa humana* no constitucionalismo germânico, reconduzindo o seu sentido último à ideia de que cada pessoa só pode ser entendida e tratada como um ser livre e autodeterminado, dotada de um valor intrínseco, que não pode, em nenhuma circunstância, transmutar-se num instrumento para a realização de finalidades alheias.

Ora, a *dignidade da pessoa* ganha, como dissemos, um sentido especial no período pós- II.ª Guerra Mundial, quando o mundo toma conhecimento de muitas barbaridades cometidas pelo Homem contra o Homem com base em critérios raciais e étnicos, em incapacidades físicas e mentais, e em outros fundamentos arbitrários e violadores do núcleo essencial da *dignidade da pessoa humana*. É neste momento que o conceito ganha positivação em textos fundamentais internacionais — como a Carta das Nações Unidas, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 — e em textos constitucionais, com especial destaque para a Constituição alemã de 1949, que erige a *dignidade da pessoa humana* como um *direito fundamental absoluto* — no artigo 1.º pode ler-se:

"A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público" — uma construção jurídico-normativa que não é isenta de críticas e problemas, como veremos em seguida.

Outros países, entre os quais se inclui Portugal, também acolhem expressamente a *dignidade da pessoa humana* no texto da Constituição, embora não como direito fundamental (não faz parte do catálogo de direitos fundamentais), mas sim como princípio, ao afirmar logo no artigo 1.º que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

Por aqui se percebe que a *dignidade da pessoa humana*, sendo hoje um valor constitucional disseminado em diversas constituições, pode apresentar-se, sob o ponto de vista dogmático, com algumas construções diversas: *i)* como um *direito fundamental absoluto* e *fundante*; *ii)* como um *valor constitucional fundamental* à construção do sistema normativo-constitucional; ou *iii)* como um *princípio fundamental* e *matricial* sem um conteúdo autónomo expressamente identificável.

Especialmente emblemático do primeiro modelo é — como já dissemos — o *constitucionalismo germânico*, para o qual a *dignidade da pessoa humana* é não só um direito fundamental fundante, ou seja, um direito que dá sentido (e conteúdo) a todos os direitos fundamentais e que é "intangível" (no original *unantastbar*) — expressão que a jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele país tem densificado como impossível de restringir ou limitar. Algo que, como veremos pelos exemplos, redunda em soluções criticáveis e mesmo em construções jurídico-normativas discutíveis.

Por exemplo, são três os casos mais destacados em matéria de densificação normativa do conteúdo do *direito da dignidade da pessoa humana* no constitucionalismo germânico.

Em primeiro lugar, o denominado caso de *peep-show* [*BVerfGE 64, 274 (1981)*], em que uma empresa viu recusada a licença para operar um estabelecimento de diversão no qual as mulheres dançariam nuas, numa cabine, e os clientes poderiam assistir ao *show* mediante o pagamento de uma remuneração. De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão, onde este caso chegou por via de recurso, a actividade desenvolvida por aquelas mulheres violaria a respectiva dignidade humana, uma vez que as mesmas deixariam de estar presentes na sua individualidade e transformar-se-iam em meros objectos para os espectadores, mesmo que essa actividade fosse exercida, como era o caso, de livre vontade[31].

O segundo caso tem início em 1994 (apesar de a última decisão ser já de 2004) e é o denominado *caso Omega*, em que a polícia de Bona intima uma empresa que explorava um salão de jogos onde se podia praticar uma actividade muito semelhante ao *paintball*, embora no caso todos os aparelhos fossem electrónicos, para que esta deixasse de permitir ou tolerar no seu […] estabelecimento jogos que tivessem por objecto disparar sobre alvos humanos através de um raio laser ou de outros dispositivos técnicos (por exemplo, raios infravermelhos), ou seja, 'simulações de homicídio' com registo dos tiros que atingem o alvo. Segundo as autoridades alemãs, aqueles jogos constituíam um perigo para a ordem pública, dado que os actos homicidas simulados e a banalização da violência que deles resultava eram contrários aos valores

[31] Em regra as referências a este caso surgem associadas a um outro *leading case*, francês, conhecido como o *arremesso de anões* em uma discoteca (*Commune de Morsang-sur-Orge v. Société Fun Production et Wackenheim*, do Conseil D'Etat, proc. 136727, de 1995), actividade que foi igualmente proibida por ser considerada violadora da dignidade da pessoa humana, mesmo que exercida de livre vontade, na medida em que as pessoas arremessadas eram tratadas como objecto de divertimento pelos restantes.

fundamentais que prevaleciam na opinião pública. A questão chegou também ao Tribunal Constitucional Alemão, que considerou que este era mais um caso de "coisificação" de seres humanos e que, como tal, violava o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, contudo, por estar também envolvida uma questão de direito europeu (liberdade de circulação de produtos), fez um reenvio prejudicial para o TJUE, que, em decisão de 2004 (proc. C-36/02), considerou que a proibição do uso daqueles equipamentos não consubstanciava uma violação do direito europeu se o país considerava que os produtos em causa representavam uma violação da dignidade da pessoa humana.

O último caso, e o mais comentado pela doutrina, é o da Lei de Segurança Aérea, conhecido como o *caso do abate de aviões civis* [*BVerfGE 115, 118 (2006)*], no qual o tribunal, uma vez mais, considerou que não era possível abater um avião civil, mesmo que este estivesse controlado por terroristas e visasse atingir um alvo do qual pudesse resultar a perda de vidas, na medida em que isso seria desconsiderar ("coisificar") a individualidade das pessoas que viajavam no avião e transformá-las em meios para salvar a vida de outros, razão pela qual a medida foi considerada violadora do direito da dignidade da pessoa humana. Uma solução muito discutida pelo carácter absoluto que imprimiu à protecção da dignidade da pessoa humana, inviabilizando a sua ponderação com outros bens ou direitos fundamentais de igual valor, designadamente, as vidas que poderiam ser salvas com o abate do avião.

Já em sistemas onde a *dignidade da pessoa humana* se apresenta como um *valor constitucional fundamental* à construção do sistema normativo-constitucional, ele pode ser mobilizado como critério interpretativo dos direitos fundamentais positivados na Constituição e como um elemento essencial nos juízos de ponderação das medidas de limitação de direitos e/ou de resolução de conflitos de direitos. Esta é uma das dimensões da dignidade da pessoa humana presente no constitucionalismo português

— por influencia do constitucionalismo germânico —, sobretudo em temas mais complexos, como a bioética, ou mais interdisciplinares, como a socialidade, uma vez que para a jurisprudência constitucional portuguesa o *direito fundamental a uma existência condigna* é hoje tido como uma emanação garantística nuclear do que apelida como *supraprincípio da dignidade da pessoa humana*.

> Por exemplo no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013 pode ler-se que "a jurisprudência do Tribunal reconheceu na dignidade da pessoa humana «um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de validade das respectivas normas» (assim, acórdão n.º 105/90), directamente convocável, também na área de tutela atinente às condições materiais de vida. Nessa jurisprudência, o núcleo essencial da garantia de existência condigna, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, tem sido perspectivado, de forma reiterada e constante, por referência ao valor do salário mínimo nacional, considerado como «a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador». Por tal valor «ter sido concebido como o mínimo dos mínimos não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo» (acórdão n.º 62/2002)"… e ainda que "O Tribunal Constitucional (…) tem vindo a reconhecer, ainda que indirectamente, a garantia do *direito a uma sobrevivência minimamente condigna* ou a *um mínimo de sobrevivência*, seja a propósito da actualização das pensões por acidentes de trabalho (acórdão n.º 232/91), seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (acórdãos n.ºs 62/02, 349/91, 411/93, 318/99, 177/02), *fundando um tal direito* na conjugação do *princípio da dignidade da pessoa humana* e do direito à segurança social em situações de carência, e estabelecendo como padrão o salário mínimo nacional ou o salário mínimo garantido. O *direito às condições mínimas de existência condigna* foi evidenciado, por outro lado, mais recentemente, através do acórdão n.º 509/02, não apenas na sua dimensão negativa, mas como um direito a prestações positivas do Estado, num caso em que

> se pronunciou pela inconstitucionalidade de um diploma que limitava o âmbito subjectivo dos beneficiários de uma determinada prestação, dela excluindo os jovens entre os 18 e os 25 anos sem encargos familiares".

Por último, encontramos os modelos onde o *princípio da dignidade da pessoa humana* se apresenta como um *princípio fundamental* e *matricial* sem um conteúdo autónomo expressamente identificável, uma vez que a sua finalidade essencial é proteger o indivíduo na sua esfera de autodeterminação, que é inalienável da complexidade cultural, pois, tratando-se — como se trata — de um princípio relacional, ou seja, cuja finalidade para o Homem se esgota na sua dimensão social e de relação com os outros, com ou sem a mediação do Estado, o respectivo conteúdo é, em alguma medida, dependente do meio no qual ele se insere.

Nesta última acepção, o *princípio da dignidade da pessoa humana* apresenta-se como um referente de diversas dimensões que podem ter respostas distintas nos diferentes sistemas constitucionais.

Referimo-nos, por exemplo, à *dignidade* como reconhecimento de um espaço de *privacidade* da pessoa, um espaço no qual a mesma é livre de actuar, pensar e exprimir-se livremente, o qual não tem o mesmo conteúdo num sistema constitucional como o norte-americano e o português.

> Por exemplo se analisarmos a forma como é protegida a *liberdade de expressão* nos dois modelos facilmente percebemos as diferenças.
>
> Assim, para o *Supreme Court,* a violação do direito à honra em relação a políticos e figuras públicas (*i. e.,* a não protecção da divulgação de uma notícia pela liberdade de expressão dos *media* e dos jornalistas) exige a prova pelo queixoso do que a jurisprudência apelidou do *malice standard*, ou seja, a prova de que o jornalista sabia da falsidade da informação ou que actuou com "desrespeito imprudente" em relação à veracidade ou falsidade da

afirmação [precedente fixado no caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)].

Já para o Tribunal Constitucional português, a criminalização de algumas expressões no discurso jornalístico em relação a políticos não é considerada uma violação da liberdade de expressão, independentemente da sua veracidade ou não e da intenção do jornalista com a publicação, pois trata-se apenas de analisar o desvalor criminal da acção em relação ao bem jurídico "honra e bom nome" (*v.*, entre outros, o acórdão n.º 292/08). É importante, contudo, notar que esta interpretação do Tribunal Constitucional Português tem sido rejeitada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*v.*, por todos, o *caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, no 37698/97, § 30, CEDH 200-X*), que vem condenando o Estado Português por não aplicar correctamente a liberdade de expressão prevista no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Também nos referimos à *dignidade* como reconhecimento da pessoa enquanto um *ser livre*, ou seja, dotado de *autodeterminação da sua vontade* em matéria de aprender e ensinar, de liberdade de escolha de profissão, de constituir ou não família e de escolher o tipo de família que pretende constituir, mas aqui, uma vez mais, encontramos não um direito ou um valor constitucional absoluto, mas antes um princípio que carece de harmonização com outros princípios, direitos e valores partilhados pela comunidade, o que explica que não existam respostas iguais para problemas iguais em comunidades socioculturais diferentes e/ou em momentos históricos diferentes na evolução da sociedade. Algo que ajuda a compreender as diferentes respostas que os tribunais constitucionais podem dar a questões como o casamento homossexual, o direito à verdade biológica, o direito à adopção por famílias monoparentais, etc.

> Por exemplo o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 401/11, em decisão que foi tomada por 7 votos a favor e 6 contra, considerou que não são inconstitucionais as normas que prevêem prazos de caducidade para a proposição das acções de investigação de paternidade; prazos dos quais resulta uma limitação do direito à verdade biológica, ou seja, à história e identidade genética da pessoa.

E ainda nos reportamos à *dignidade da pessoa humana* como sinónimo de *rejeição pela transformação de uma pessoa num instrumento para a satisfação de finalidades alheias* e como *valor de protecção da raça humana*. Quer isto dizer que é também o princípio da dignidade da pessoa humana que, em última instância, fundamenta a presunção de inocência em processo penal ou a proibição de prova diabólica nos casos de presunção de culpa, assim como as limitações normativas, no plano da bioética, em actividades científicas como a clonagem, o uso de células estaminais, a gestação pós-morte e outras técnicas de saúde e de engenharia genética que "subvertam" a "condição humana". Uma vez mais, matérias onde não é possível alcançar soluções unívocas e unânimes, nem sequer autónomas, pois estão maioritariamente condicionadas por elementos externos (estranhos ao direito) — como a evolução científica, o nível de corrupção na sociedade, os meios de investigação criminal disponíveis em face do tipo de criminalidade ou até questões de alarme social e segurança pública (veja-se o caso do terrorismo) — e por isso subordinadas ao *princípio da concordância prática* entre princípios, direitos e bens constitucionais.

2. Princípio do Estado de Direito

O *princípio do Estado de Direito* é uma enorme conquista do constitucionalismo. Em termos simples, este princípio significa que o Estado (o poder organizado e legitimado pela vontade popular) não é absoluto e que essa

limitação do poder estadual não tem apenas uma *dimensão orgânico-funcional* — correspondente à forma como se reparte o poder entre diferentes órgãos de soberania e se instituem mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*) entre esses órgãos e esses poderes, de modo a controlá-los e limitá-los (algo que estudaremos na parte IV deste curso, quando aprofundarmos o princípio da separação de poderes) — mas tem também uma *dimensão material*, que já não se esgota na legalidade compreendida à luz do século XIX, ou seja, na mera subordinação de todos à mesma lei (normas gerais e abstractas), incluindo o próprio autor da lei, para evitar que possam existir decisões arbitrárias e profundamente desiguais.

Em outras palavras, o princípio do Estado de Direito, tal como ele se constitui no pós- IIª Guerra Mundial, é um *princípio complexo*, integrado por diversos *subprincípios*, cujo propósito é assegurar que o poder exercido pelas entidades públicas é limitado e cumpre parâmetros de juridicidade material, ou seja, que não é um poder ilimitado, nem arbitrário, nem ocasional, mas sim fundado no *direito enquanto tal* (na *juridicidade*) e não em meras regras legais (normas com forma legal e aprovadas por procedimentos pré-estabelecidos) ditadas por maiorias (*i. e.*, numa mera legalidade formal).

O conceito de *Estado de Direito* é também um produto cultural com significados distintos nos diversos sistemas jurídicos. Quer isto dizer que as expressões *Estado de Direito*, *Rechtsstaat, État de droit* e *Rule of Law*, embora utilizadas muitas vezes como sinónimos, têm significados e conteúdos distintos, em especial o *Estado de Direito* interpretado segundo a matriz continental franco-alemã e o *Rule of Law* dos *sistemas de common law*.

Embora não sendo esta a sede adequada para aprofundar o tema (para isso deve servir o 2.º ciclo de estudos), ainda assim *importa sublinhar alguns traços das referidas*

diferenças: *i)* nos sistemas continentais, a preocupação é subordinar o poder (estadual) ao direito material (sendo este reconduzido a um conjunto de princípios densificadores da ideia de justiça, segundo uma matriz cultural de tradição greco-romana, ou seja, há uma *'construção técnica' do Estado de direito*), ao passo que nos sistemas de *common law* a dimensão essencial é nivelar os destinatários do direito, destacando que ninguém está a acima do direito ou fora do âmbito de aplicação do direito, sendo este um produto mais institucionalizado em órgãos (parlamento e tribunais) e procedimentalizado (assegura a todos a igualdade no direito e perante o direito, assim como um processo justo e equitativo); *ii)* nos sistemas continentais, a constituição escrita é apresentada como um elemento essencial da limitação do direito, ao passo que nos sistemas de *common law* é preciso distinguir entre os que são produto de uma constituição escrita e do que ela representa nesses sistemas (o caso dos Estados Unidos da América), aqueles que não têm uma constituição escrita e para os quais a *rule of law* se apresenta (na tradição de Dicey, um jurista inglês do século XIX), enquanto expressão dos costumeiros *estamentos,* como um parâmetro material de limitação para as próprias entidades que produzem o direito estatutário (a *law*) e, ainda, aqueles sistemas que têm um modelo de Constituição escrita sem função de lei suprema em relação à produção legislativa ordinária (é o caso da Nova Zelândia), onde a *rule of law* é essencialmente uma medida de controlo do poder; por último, *iii)* nos sistemas continentais o Estado de Direito busca parâmetros mais objectivos para determinar o *direito,* ao passo que nos sistemas de *common law* essa medida de limitação é mais dinâmica e institucionalizada, porque baseada na supremacia dos actos do Parlamento e na interpretação jurídica realizada pelo Poder Judicial.

Apesar das diferenças, em todos os sistemas o Estado de direito apresenta um *núcleo conteudístico comum*, que

podemos resumir nos seguintes pressupostos: *i) limitação do poder; ii) reconhecimento de direitos subjectivos individuais* que se opõem ao exercício do poder e constituem uma garantia dos cidadãos; *iii)* existência de *princípio essenciais* que regulam o exercício do poder.

Estas dimensões comuns estão na origem dos denominados *subprincípios densificadores do princípio do Estado de Direito*, que reconduzimos a dois grupos: *i)* os *subprincípios de natureza orgânico-funcional*, nos quais se incluem o princípio da subsidiariedade, o princípio da separação de poderes e o princípio democrático, cujo estudo remetemos para o ponto IV destas lições; e *ii)* os *subprincípios de natureza material*, entre os quais se incluem o *princípio da juridicidade da administração,* o *princípio da segurança jurídica*, o *princípio da protecção da confiança legítima* e o *princípio do acesso ao direito*

Vejamos, então, em que é que consiste cada um destes *subprincípios materiais.*

2.1. Princípio da juridicidade da Administração

O *princípio da juridicidade da Administração* é uma garantia dos administrados, ou seja, de todos aqueles que no seu dia a dia se relacionam com os órgãos da Administração Públicas e/ou sofrem os efeitos decorrentes da respectiva actividade.

Importa, em primeiro lugar, esclarecer que a *Administração* é um conceito aqui utilizado para definir o complexo orgânico e funcional em que hoje se estruturam os *serviços* do Estado, ou seja, o universo de entidades públicas e privadas com delegação de poderes ou funções públicas cuja missão consiste em assegurar a prossecução do interesse público (nacional, regional e local, mas também europeu, internacional e global) e a realização das políticas públicas (também elas hoje não apenas nacionais,

regionais e locais, mas também europeias, internacionais e globais). Este universo orgânico-funcional tem, apesar da aparente desactualização do texto[32], consagração constitucional expressa no artigo 266.º da C.R.P.

Assim, um dos primeiros pontos que importa aqui destacar é a diferença entre: *i)* órgãos e serviços administrativos, que corporizam perante os cidadãos a actuação do Estado na gestão quotidiana do interesse público, seja nacional (ex. órgãos de polícia que prosseguem a segurança geral dos cidadãos, e que na prossecução dessa finalidade podem realizar buscas, deter pessoas e apreender bens), seja local (ex. os serviços municipais que autorizam a realização de operações urbanísticas e fiscalizam o respectivo cumprimento), os quais estão subordinados ao direito na realização das suas actividades; *ii)* órgãos políticos, que exercem funções constitucionais primárias (ex. aprovam leis, ratificam tratados internacionais e declaram a guerra) mediante mandato, ou seja, com a legitimação popular expressa mediante o voto; e *iii)* órgãos de soberania, categoria tipificada na Constituição (artigo 110.º/1) que, conforme aí estipulado, exercem os poderes e as competências expressamente estabelecidas, no respeito pela separação e interdependência dos poderes.

Em regra, e como veremos melhor no ponto IV, há uma tendência para "associar" a actividade da Administração ao Governo, na medida em que a própria Constituição estipula no artigo 182.º que o Governo é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da

[32] Pode discutir-se se as entidades administrativas (ou entidades privadas com delegação de poderes) que prosseguem um interesse público supranacional (europeu, internacional ou global) e se relacionam com os cidadãos estão igualmente subordinadas (no plano formal) às normas e princípios constitucionais ou se "respondem" apenas ao abrigo de regras e princípios supranacionais que disciplinam a sua actividade — por exemplo, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ou Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Administração Pública, mas esta é, cada vez mais, uma ideia que devemos (re)interpretar, no contexto da transformação da actividade administrativa — à luz das europeização das politicas públicas e da intercorrência dos fenómenos da privatização e da regulação na actividade administrativa tradicional —, com o intuito, principalmente, de aprofundar a diferença entre actos políticos e actos administrativos do Governo.

> Por exemplo quando o Governo decide modificar a forma de exploração de um serviço público de transportes, afectando com efeitos imediatos contratos de concessão em vigor, ele actua, simultaneamente, como entidade política (define um modo de prossecução do interesse público distinto daquele que vigorava até então) e como entidade administrativa (resgata uma concessão que havia sido outorgada por si) e por cada um destes actos subordina-se a regras e princípios distintos: no plano político responde pela oportunidade, eficiência e resultados da medida; no plano administrativo responde pelos prejuízos que esse acto origina na esfera dos administrados afectados. Desta distinção resulta que em sede de controlo judicial, os tribunais estão limitados a julgar a lesão que a adopção daquela medida acarreta para a esfera jurídica do particular, mas não a apreciar a oportunidade ou o mérito da nova opção política.

Tradicionalmente, o *princípio da juridicidade da Administração* aparece enunciado como o *princípio da legalidade da Administração* — fórmula que visava sobretudo salientar algumas garantias orgânico-funcionais dos administrados, como: *i)* a *proibição de a Administração Pública* actuar sem lei prévia habilitante (ou seja, os órgãos administrativos só podem actuar após ter sido aprovado um acto legislativo que lhe atribua expressamente a competência para o exercício daquela actividade) — *princípio da precedência da lei e da reserva de lei em sentido amplo ou reserva de acto legislativo*; *ii)* a *proibição de a Administração praticar actos* (actos em sentido amplo, ou seja, aprovar regulamentos, praticar actos administrativos, celebrar

contratos ou mesmo prosseguir uma actividade não tipificada) que violem o conteúdo das leis, bem como a *obrigação de a Administração praticar os actos* que a lei determina (obrigação de dar exequibilidade às leis, dimensão que actualmente surge reforçada com a aprovação no código do processo nos tribunais administrativos de meios processuais que permitem aos administrados obter a condenação judicial da Administração na prática de actos devidos e na emissão de normas devidas) — *princípio da supremacia ou prevalência da lei*; e *iii)* alguns autores costumam ainda autonomizar o *princípio da reserva de lei em sentido restrito,* para destacar que a Constituição reserva a disciplina primária de certas matérias à Assembleia da República (*cf.* artigos 164.º e 165.º da C.R.P.), considerando que nesses casos não basta uma pronúncia prévia de qualquer legislador para que a Administração possa actuar, o que significa que se essa reserva for desrespeitada, mesmo que exista um acto legislativo prévio habilitador, os actos praticados pela Administração serão inválidos.

> Por exemplo se o Conselho de Ministros, no exercício da competência administrativa, concessionar um bloco de exploração petrolífera *offshore*, com base num decreto-lei do Governo que define os limites das águas territoriais, sem que exista uma lei prévia da Assembleia da República a definir os limites das águas territoriais (*ex vi* artigo 164.º/*g)* da C.R.P.), aquele acto de concessão será inválido por violação do princípio da reserva de lei.

Importa, porém, sublinhar que estas dimensões do *princípio da legalidade da Administração*, embora ainda válidas, estão hoje especialmente ligadas à dimensão formal do princípio da legalidade. Em outras palavras, não são suficientes para expressar a dimensão material do *princípio da juridicidade da Administração*, que, de resto, tem consagração expressa no texto da C.R.P., mais concretamente nos artigos 2.º e 266.º/2 da C.R.P.

Com efeito, a *Administração* está hoje não só obrigada a respeitar a *legalidade*, tal como a enunciámos, mas também, a Constituição e os seus princípios fundamentais (como o princípio da dignidade da pessoa humana), os direitos fundamentais e outros princípios estruturantes da actuação administrativa, como é o caso dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, cujo aprofundamento não é possível no contexto deste curso.

Uma outra nota para referir a *relação entre a dimensão formal do princípio da legalidade* e a sua *dimensão material*. Em outras palavras, estando a Administração vinculada pela lei e também pelo direito, nesta acepção mais ampla dos princípios e dos critérios materiais de juridicidade, o que é que sucede se a lei que vincula a Administração — *i. e.* os comandos vinculativos de actuar ou não actuar para a Administração — contiver normas que sejam elas próprias uma violação de princípios ou critérios fundamentais de juridicidade.

Em primeiro lugar, quando a Administração actue em conformidade — dando exequibilidade — com as directrizes legais inconstitucionais, verifica-se uma situação de *invalidade ou inconstitucionalidade derivada*, ou seja, a invalidade que afecta a norma legal comunica-se ao acto praticado pela Administração, seja este uma decisão individual e concreta, um regulamento ou um contrato.

> *Por exemplo* se um Conservador do Registo Civil se nega a celebrar um casamento entre um homem e duas mulheres, por o mesmo estar proibido na legislação portuguesa (crime de bigamia — artigo 247.º do Código Penal Português), e se, em sede de controlo constitucionalidade da norma que o Conservador invocou na sua decisão, a mesma vier a ser declarada inconstitucional por violar a liberdade de autodeterminação e o direito a constituir família, a recusa do Conservador padecerá do mesmo vício de invalidade.

Em segundo lugar, poderia suscitar-se a questão de saber se a Administração poderia "recusar-se" a dar execução àquela lei na medida em que a mesma padece de uma invalidade. Ora, esta segunda hipótese é uma falsa questão, na medida em que a Administração não tem autonomia para interpretar e aplicar os parâmetros materiais de juridicidade (*contra legem*) quando actua no espaço típico da legalidade formal, ou seja, está obrigada a respeitar o *princípio da supremacia ou prevalência da lei*, o que significa que existe uma prevalência da juridicidade formal sobre a juridicidade material. A única excepção constitucionalmente admitida encontra-se no artigo 271.º/3 da C.R.P., quando disciplina a responsabilidade dos funcionários e agentes e estipula que o dever de obediência destes cessa sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime[33].

> Por exemplo se as normas da lei fiscal impõem uma tributação mais elevada aos estrangeiros em matéria de imposto sobre o património e o Director-Geral de Finanças considera que essa lei é discriminatória e violadora do princípio da igualdade, ainda assim não pode deixar de a aplicar nas liquidações do imposto até que a mesma venha a ser revogada ou declarada inconstitucional.

Por último, não podemos esquecer que esta dimensão material da juridicidade adquire toda a sua plenitude quando a Administração actua no domínio do seu espaço de valoração próprio (*discricionariedade*), ou seja, quando o legislador, por indeterminação conceitual (uso de conceitos indeterminados) ou por expressa manifestação nesse sentido transfere para a Administração a própria tomada de decisão.

---

[33] Ainda a este propósito parece-nos útil assinalar que, nos termos do artigo 271.º/2 da C.R.P., o funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, pode reclamar ou exigir a sua transmissão por escrito, sempre que entender que as mesmas são ilegais e susceptíveis de gerar responsabilidade, para, deste modo, se eximir da mesma.

Por exemplo se a lei sobre a atribuição de bolsas de estudo determina que as escolas devem atribuir anualmente uma bolsa a "estudantes de reconhecido mérito", cabe às escolas determinar quem são os "estudantes de reconhecido mérito" com respeito pelos princípios da igualdade, da justiça, da boa-fé, da imparcialidade. Neste caso seria inválida — por violação destes parâmetros — uma decisão que excluísse expressamente do acesso a estas bolsas alguns estudantes por critérios étnicos ou raciais.

2.2. Princípio da segurança jurídica

O *princípio da segurança jurídica* é uma garantia geral dos cidadãos em relação aos actos dos diversos poderes estaduais — poder legislativo, poder executivo e poder judicial — e que procura, de acordo com parâmetros objectivos, assegurar que uma *ordem de direito* é também uma *ordem de segurança*, ou seja, que todos encontram nestas regras objectivas uma solução justa, não por se tratar (muitas vezes) de uma solução materialmente justa, mas por ser uma solução que cria segurança sobre os efeitos dos actos para todos os destinatários, actuais, presentes e futuros. Nesta perspectiva, a *certeza do direito* é também uma forma de *justiça* e um modo de assegurar *a igualdade*.

2.2.1. Segurança jurídica e poder legislativo

A *segurança jurídica em relação aos actos legislativos* (e aos actos normativos em geral, ou seja, em relação a normas gerais e abstractas) desdobra-se em três dimensões:

i) *Princípio do respeito pelas "boas práticas" na elaboração das normas jurídicas*

Inicialmente apenas se identificava o *princípio da determinabilidade das normas jurídicas,* no sentido de *impor ao legislador a adopção de formulações textuais claras*, que

simplificassem a tarefa da interpretação jurídica para os respectivos aplicadores — sejam os aplicadores primários que devem assegurar a efectividade das normas, como a Administração Pública, sejam os aplicadores secundários, que utilizam a norma como parâmetro de controlo, como sucede nos tribunais — e permitissem o acesso mais generalizado ao conteúdo das normas por parte dos seus destinatários, em especial os cidadãos.

Este é, de resto, um princípio com acolhimento na jurisprudência do Tribunal Constitucional, que não deixou de fazer referências expressas ao que deve ser o seu conteúdo.

> Por exemplo, no acórdão n.º 285/92 pode ler-se que *"o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da normação um conhecimento preciso, exacto e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar (…); e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o «núcleo essencial» da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos (…); e finalmente que permitam aos tribunais um controlo objectivo efectivo da adequação das concretas actuações da Administração face ao conteúdo da norma legal que esteve na sua base e origem"*.

Embora o Tribunal não reconheça densidade suficiente a este princípio para constituir um parâmetro *a se* de invalidação geral de normas

> Por exemplo, no mesmo acórdão n.º 285/92 afirma-se a este propósito que *"o princípio da determinabilidade ou precisão da lei não constitui parâmetro constitucional a se, isto é, desligado da natureza das matérias em causa ou da conjugação com outros princípios constitucionais que relevem para o caso"*.

a não ser quando essa violação seja manifesta e ostensiva.

> Por exemplo, segundo o acórdão n.º 500/2012 *"o Tribunal tem entendido que, embora não sendo constitucionalmente explícita, esta exigência de clareza razoável do conteúdo dos actos*

> *normativos se retira do artigo 2.º da Constituição, integrando o princípio constitucional estruturante que é o princípio do Estado de direito. Com efeito, as decisões estaduais que tiverem um conteúdo de tal ordem obscuro, impreciso ou contraditório que chegue a ser indeterminável para os seus destinatários não podem ser conformes à exigência de segurança que vai incluída na dimensão material do princípio do Estado de direito".*

Com efeito, a preocupação com a *densidade* e a *clareza* dos enunciados normativos, embora seja uma exigência geral de todas as normas, ganha especial protecção em alguns casos concretos, como sucede nas normas restritivas de direitos, liberdades e garantias (é o que sucede no acórdão que serve de parâmetro jurisprudencial à densificação deste princípio e que contende com os critérios para a colocação dos funcionários públicos em situação de inactividade — regime dos disponíveis — acórdão n.º 285/92), nas normas penais incriminadoras de condutas e normas tributárias em matéria de incidência dos tributos. Nestes dois últimos casos a *determinabilidade da lei*, ou seja, o grau de exigência destes preceitos normativos tem um conteúdo tipificado que é pressuposto da respectiva validade (*princípio da tipicidade da lei penal e da lei fiscal)* — artigos 29.º/1 e 103.º/2 da C.R.P.

Mas hoje o princípio fundamental, enquanto tal, não se esgota nesta dimensão. Os valores democráticos e o respeito pela cidadania impõem ao legislador, desde logo, exigências acrescidas em matéria de *qualidade de elaboração normativa*, no domínio das designadas regras de *legística*, ou seja, a técnica que disciplina todo o processo de criação de actos normativos, onde se incluem dimensões como: o estudo da alternativa à criação de mais normas, o impacto sistémico das novas normas, a audiência prévia dos interessados/afectados pelo novo regime normativo, o estudo de impacto económico das normas, a elaboração de um documento não técnico explicativo do conteúdo do diploma, a elaboração de um preâmbulo com referências às normas anteriores e aos objectivos

do novo regime jurídico. São estas, de resto, as dimensões comummente reconhecidas como densificadoras do *princípio da boa administração* ou da *boa governança*.

No fundo, mesmo que o *princípio do respeito pelas "boas práticas" na elaboração das normas jurídicas* não possa ser também ele um parâmetro de invalidação *a se* de normas, o mesmo não deixa de constituir uma expressão dos valores essenciais da produção normativa numa sociedade democrática, que se rege por parâmetros de transparência, responsabilidade e *accountability* dos poderes públicos.

ii) *Proibição de pré-efeitos de actos normativos*

Este subprincípio visa apenas explicitar que os actos normativos não podem produzir efeitos — são *ineficazes* — enquanto não estiverem em vigor, segundo as regras constitucional e legalmente estabelecidas.

De acordo com a *Lei de Publicação, Identificação e Formulário dos Diplomas*[34], a *eficácia jurídica* dos actos regulados neste diploma, entre os quais se incluem actos legislativos, leis constitucionais e convenções internacionais, depende da sua publicação no Diário da República. No caso dos actos legislativos e dos outros actos de conteúdo genérico, a *entrada em vigor* é o dia neles fixado, não podendo, em caso algum, o início da vigência verificar-se no próprio dia da publicação. Na falta de fixação do dia, estes diplomas entram em vigor, em todo o território nacional e no estrangeiro, no 5.º dia após a publicação.

Quer isto dizer que, diferentemente do que sucede com os actos administrativos (decisões individuais e concretas),

[34] Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 2/2005, de 24 de Janeiro, Lei n.º 26/2006, de 30 de Junho, Lei n.º 42/2007, de 24 de Agosto e Lei n.º 43/2014, de 11 de Julho.

nos actos normativos não se admite a *retrodatação*, ou seja, a publicação de um acto com efeitos reportados a uma data anterior.

Até hoje não existe registo de uma decisão do Tribunal Constitucional sobre o tema dos pré-efeitos dos actos normativos, o que revela o carácter relativamente inequívoco do seu conteúdo.

iii) *Proibição de normas retroactivas*

A *proibição de normas retroactivas* é outra dimensão do subprincípio da segurança jurídica no domínio do poder legislativo, mais concretamente da produção normativa.

Assim, temos uma regra jurídica tradicional — pré-constitucional e que hoje tem consagração expressa no artigo 12.º do Código Civil — segundo a qual *as normas só dispõem para o futuro*, ou seja, a pretensão reguladora apenas se pode expressar em relação a factos futuros, o que é perfeitamente compreensível e compaginável com a segurança jurídica, pois qualquer destinatário de uma norma tem a expectativa de que a mesma, depois de entrar em vigor, só há-de abranger situações que ocorram a partir dessa data. Isto significa que as normas não são, em regra, retroactivas.

Contudo, a dinâmica da vida e a gestão do interesse público obrigam, muitas vezes, a introduzir modificações normativas relativamente às quais não é razoável que não abranjam situações que se constituíram no passado e em que o valor da segurança jurídica não impõe que deixem incólumes essas situações, ou até, pelo contrário, exige que essas situações que se iniciaram antes da entrada em vigor da norma sejam também abrangidas.

> Por exemplo, pense-se na aprovação de um novo fundamento de divórcio, fará sentido que ele apenas se aplique aos casamentos celebrados após a entrada em vigor

> desse fundamento ou deve também abranger os casamentos celebrados antes? E se se tratar de nova limitação ao despedimento num contrato de trabalho, fará sentido que abranja todos os contratos de trabalho ou apenas aqueles que vierem a ser celebrados após essa data?

Como facilmente compreendemos, nos casos em que uma *nova norma jurídica* se aplica a situações que se constituíram no passado e se prolongam no tempo não estamos perante um verdadeiro caso de *retroactividade*, ou seja, não se trata de um facto passado (algo que ocorreu em momento passado e já não produz efeitos), que é afectado por uma lei nova, mas sim de uma relação jurídica dinâmica ou um facto duradouro, que, precisamente por se prolongar no tempo, vai sofrendo as vicissitudes das modificações que são introduzidas na ordem jurídica. Este fenómeno de aplicação de uma lei nova a factos novos, havendo, porém, um contexto anterior à ocorrência desse facto, designa-se *retrospectividade* (ou, para alguma doutrina, *retroactividade inautêntica*[35]).

---

[35] É possível, contudo, estabelecer uma distinção entre *retrospectividade* e *retroactividade inautêntica*, pelo menos em matéria fiscal, como foi já reconhecido pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 399/2010:

> "*i)* a proibição do artigo 103.º/3 da CRP (proibição de impostos retroactivos) diz respeito apenas às situações de retroactividade autêntica, ou seja, visa apenas impedir a instituição de "impostos extraordinários" que afectem situações que tenham produzido todos os seus efeitos ao abrigo de leis anteriores (verificação do facto tributário, liquidação e pagamento do imposto);
>
> *ii)* no caso de o facto tributário já se ter esgotado, mas ainda não ter sido efectuada a liquidação e cobrança do imposto, estaremos perante um caso de retroactividade inautêntica ou imprópria, devendo o tribunal ponderar a confiança depositada pelo sujeito passivo na norma, socorrendo-se para o efeito da verificação de dois pressupostos essenciais para que se possa afirmar a existência do valor da protecção da confiança a tutelar — em primeiro lugar, uma afectação de expectativas em sentido desfavorável, que será inadmissível quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas não possam contar; e, em segundo lugar, que essa afectação não seja ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes;
>
> *iii)* já nos casos em que o facto tributário que a lei nova pretende

Importa, contudo, sublinhar que nas situações de retrospectividade as normas só se aplicam para o futuro (têm eficácia *ex nunc*) e só afectam os efeitos futuros dessas relações jurídicas constituídas no passado, deixando ressalvados os efeitos já produzidos e estabilizados ao abrigo da aplicação da lei anterior.

> Por exemplo, se a nova norma consagrar um novo fundamento de divórcio que se funde na violação de um dever conjugal, o mesmo só se aplica às violações que venham a ter lugar após a entrada em vigor da norma e não a violações daquele dever que possam ter ocorrido em momento anterior.

Ora, a *retrospectividade* das normas jurídicas tal como foi caracterizada não é, em si, inconstitucional, ou seja, não consubstancia, *a se*, uma violação ao princípio da segurança jurídica, pois os destinatários dessas normas contam, em regra, que as suas relações jurídicas hão-de sofrer os efeitos normais da dinâmica e da evolução jurídicas. Todavia, os efeitos da referida *retrospectividade* podem afectar de forma significativa a *protecção da confiança legítima*, ou seja, as expectativas que esses destinatários haviam fundadamente gerado no contexto normativo anterior. Isto significa que essas normas retrospectivas, apesar de não violarem o princípio da segurança jurídica podem violar o princípio da protecção da confiança legítima (e, nessa medida, ser inconstitucionais), como veremos a seguir, no estudo do referido princípio.

Questão diferente é se uma norma tem *eficácia retroactiva a se*, ou seja, quando uma norma visa abranger factos passados e efeitos consolidados (já produzidos e estabilizados) ao abrigo de normas jurídicas anteriores (norma com efeitos *ex tunc*) — são os denominados casos de

---

regular na sua totalidade não ocorreu totalmente ao abrigo da lei antiga, continuando ainda a sua formação na vigência da lei nova, estaremos perante uma situação de retrospectividade, em que se há-de aplicar igualmente o princípio da protecção da confiança legítima na interpretação que acabamos de referir."

retroactividade autêntica. Também nestes casos não existe um juízo de inconstitucionalidade automático em relação a estas normas, pois elas podem até ter um conteúdo benéfico para os destinatários. Também aqui, no caso das normas retroactivas de conteúdo desfavorável, o juízo de inconstitucionalidade se há-de fundamentar na eventual violação de expectativas legítimas dos respectivos destinatários e, nessa medida, numa violação do *princípio da protecção da confiança legítima* e não em uma violação do princípio da segurança jurídica.

Existem, contudo, *casos especiais* em que, pela especial gravidade das situações em causa, a Constituição determina uma *proibição expressa de normas retroactivas*. É o caso das *normas restritivas de direitos, liberdades e garantias* (artigo 18.º/3 da C.R.P.), das *normas penais* (artigo 29.º/1) e das *normas fiscais* (artigo 103.º/3 da C.R.P.). Nestes três casos a norma retroactiva é inconstitucional, independentemente de afectar ou não expectativas legítimas dos respectivos destinatários. A excepção é o caso da *norma penal de conteúdo mais favorável ao arguido* (por exemplo, que reduza a moldura criminal da pena), a qual é *obrigatoriamente aplicada com eficácia retroactiva* (artigo 29.º/4 da C.R.P.).

Estes casos especiais valem para as situações de *retroactividade autêntica*, mas já não para as situações de *retrospectividade,* na medida em que a proibição consagrada na Constituição se há-de interpretar de forma razoável, ou seja, limitada ao necessário para assegurar os bens e valores constitucionais em presença. Nos casos de *retrospectividade* destas normas (as normas dos casos especiais) aplica-se o já mencionado *princípio da protecção da confiança legítima,* onde, como veremos, é possível atribuir maior densidade protectiva às expectativas legítimas dos respectivos titulares.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional é também muito clara ao remeter o juízo de conformidade

constitucional das normas retroactivas para a dimensão do *princípio da protecção da confiança legítima*.

> Por exemplo no acórdão n.º 154/2010, pode ler-se o seguinte: "*no acórdão n.º 287/90, o Tribunal estabeleceu já os limites do princípio da protecção da confiança na ponderação da eventual inconstitucionalidade de normas dotadas de «retroactividade inautêntica, retrospectiva».*
>
> *Neste caso, à semelhança do que sucede agora, tratava-se da aplicação de uma lei nova a factos novos havendo, todavia, um contexto anterior à ocorrência do facto que criava, eventualmente, expectativas jurídicas. Foi neste aresto ainda que o Tribunal procedeu à distinção entre o tratamento que deveria ser dado aos casos de «retroactividade autêntica» e o tratamento a conferir aos casos de «retroactividade inautêntica» que seriam, disse-se, tutelados* apenas à luz do princípio da protecção da confiança enquanto decorrência do princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2.º da Constituição".

Para além das dimensões antes enunciadas, é importante sublinhar ainda alguns casos que, em certa medida, contendem com este princípio. Referimo-nos às *normas interpretativas*, ou seja, aquelas normas que, segundo o legislador, não têm um conteúdo inovador e se limitam a explicitar o sentido de normas já em vigor. Nestes casos, a doutrina civilista portuguesa considera que o legislador intervém em regra para decidir uma questão de direito cuja solução é controvertida ou incerta, consagrando um entendimento a que a jurisprudência poderia ter chegado pela exegese da norma.

O problema que se pode suscitar decorre da circunstância de a lei interpretativa se integrar na lei interpretada, o que significa que *os seus efeitos retroagem* ao momento da entrada em vigor lei interpretada, como se esta tivesse sido publicada na data em que aquela o foi, ressalvando-se, contudo, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença transitada, por transacção

ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza (artigo 13.º/1 do Código Civil).

Assim, é importante analisar cuidadosamente as normas interpretativas para verificar se estamos perante uma *verdadeira lei interpretativa* ou antes perante uma "manobra" do legislador para se furtar as proibições decorrentes do princípio da proibição da retroactividade, sobretudo nos casos especiais de leis penais, fiscais e restritivas de direitos, liberdades e garantias. Em outras palavras, cabe ao tribunal constitucional verificar se a norma interpretativa visa efectivamente esclarecer uma questão de direito controvertida que resultava do enunciado original e à qual o tribunal poderia ter chegado pela aplicação das regras da interpretação jurídica, ou se, pelo contrário, estamos perante um conteúdo inovador que o legislador pretende dar à norma, com eficácia retroactiva (ou seja, afectando situações passadas), e ao qual um intérprete normal não poderia ter chegado pelas normas gerais da interpretação jurídica.

2.2.2. Segurança jurídica e poder jurisdicional

A *segurança jurídica* no domínio dos *actos do poder jurisdicional* reconduz-se à questão da eficácia do *caso julgado* e da sua *tendencial intangibilidade*. O *caso julgado* é um instituto jurídico-processual pré-constitucional que, *grosso modo,* designa as situações que foram fixadas, de forma definitiva, por sentença judicial, ou seja, as decisões judiciais transitadas em julgado, *i. e.,* que não admitem recurso ordinário. Nestes casos, estas decisões adquirem uma estabilidade que impede a sua revisão, excepto se a mesma se fundamentar em motivos suficientemente graves e importantes para justificar a modificação ou revisitação daquela decisão.

Trata-se de um instituto que se fundamenta — como se depreende facilmente — no princípio da segurança jurídica e cujo sentido é dar segurança às pessoas que estiveram abrangidas por aquela decisão, e que assim sabem os termos em que definitivamente a mesma foi julgada, evitando um estado de permanente incerteza.

O reconhecimento da *intangibilidade do caso julgado* tem consagração expressa no artigo 282.º/3 da C.R.P., do qual decorre que uma decisão que declare uma norma inconstitucional tem eficácia retroactiva, ou seja, aplica-se mesmo a situações passadas, mas *excepciona os casos julgados*, o que significa que se essa situação passada tiver sido objecto de uma decisão judicial transitada em julgado, essa decisão não será revista por efeito da declaração de inconstitucionalidade da norma ao abrigo da qual a mesma tenha sido tomada. Pode, todavia, suceder, como resulta ainda da mesma norma da Constituição (artigo 282.º/3 *in fine*), que se o caso julgado disser respeito a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, e for de conteúdo menos favorável ao arguido, o Tribunal Constitucional possa decidir que o *caso julgado* nesse caso não deve prevalecer.

Esta excepção revela que embora o caso julgado — tal como já se intui do próprio instituto — tenha um carácter tendencialmente absoluto, ou seja, a revisão dessas decisões só deve ocorrer em casos excepcionais e por motivos ponderosos, em matéria criminal os fundamentos para que a *intangibilidade do caso julgado* deva ceder são mais frequentes e ponderoso, o que leva até a doutrina e a jurisprudência criminalista a defenderem que nestas matérias o *caso julgado* não deve considerar-se intangível, mas antes subordinado a uma condição *rebus sic stantibus*.

> Por exemplo, quando surgem novos factos que justifiquem um *recurso extraordinário* ou quando sejam conhecidas novas circunstâncias que justifiquem também um *caso de cúmulo jurídico*.

> Na jurisprudência do STJ pode ler-se a propósito da cedência da intangibilidade do caso julgado perante a necessidade de cúmulo jurídico que: «(…) quando se procedeu ao julgamento parcelar, incompleto, portanto, não se conheciam todos os elementos posteriormente alcançados, de tal modo que o julgamento parcelar, "hoc sensu" , é um julgamento, "condicional" , sujeito à "condição *rebus sic stantibus*", suplantando o "regime normal de intangibilidade", "conduzindo a inclusão a resultados mais justos e equitativos, evitando o cumprimento de penas sucessivas, contrariando a teleologia do concurso, solução mais favorável» (acórdão de 16.12.2015, proc. 1128/12.0GCVIS.C2.S1).

2.2.3. Segurança jurídica e poder executivo

Por último, a *segurança jurídica* no domínio dos *actos do poder executivo* (aqui sinónimo de poder administrativo) reconduz-se tradicionalmente à figura do *caso decidido* e da sua *tendencial estabilidade*. O *caso decidido* é um instituto jurídico-administrativo que reconhece efeitos jurídico-constitutivos às decisões administrativas individuais e concretas (os actos administrativos), o que, na prática, se traduz na respectiva *tendencial irrevogabilidade dos actos favoráveis*.

O *caso decidido* é instituto jurídico que tende a reduzir a sua importância e efectividade no actual contexto de *incerteza* e *risco*, o qual justifica o aumento do número de situações em que a Administração apenas pode emitir *actos provisórios, actos precários* ou mesmo *actos com eficácia condicionada por reserva de revogação,* assim como na tendencial mutação de um direito administrativo de polícia para um direito de condução de políticas públicas e de um direito administrativo de prestação social para um direito administrativo de gestão da escassez. Circunstâncias que explicam a revisão do regime da *revogação* e da *anulação dos actos*

administrativos e a modificação das condicionalidades para o respectivo exercício (*cf.* artigos 167.º e 168.º do Código do Procedimento Administrativo).

2.3. Princípio da protecção da confiança legítima

O *princípio da protecção da confiança legítima* é uma dimensão essencial de um Estado de Direito e, para alguns autores, representa uma dimensão (mais subjectiva) do *princípio da segurança jurídica.*

O *princípio da protecção da confiança legítima* é um dos princípios fundamentais que mais tem evoluído nos últimos tempos em termos dogmático, o que se explica: *i)* por um lado, pela circunstância de a globalização económica e o modelo de economia fundada no mercado e no investimento privado terem vindo a impor aos Estados mecanismos cada vez mais eficazes na tutela das legítimas expectativas dos investidores, sobretudo dos investidores estrangeiros (estes, por não terem um conhecimento da cultura jurídica local e por não estarem inseridos no contexto socioeconómico e jurídico para o qual mobilizam os seus recursos financeiros, fazem depender essa mobilização de capital da circunstância de a comunidade jurídica de acolhimento lhes dar garantias de protecção acrescidas, autónomas em relação à flutuação das políticas resultante do jogo democrático); *ii)* em segundo lugar, pelo facto de as crises financeiras, a evolução científica e tecnológica e as mutações culturais desafiarem os *standards* tradicionais de protecção dos denominados *direitos adquiridos*. Vejamos.

Em termos tradicionais, este princípio traduzia juridicamente uma ideia de *progresso contínuo no plano do bem-estar económico* dos indivíduos no âmbito de uma comunidade-Estado, uma noção de *patrimonialidade* associada a prestações públicas e uma ideia de *liberdade* e *autonomia*

ligada ao exercício de actividades subordinadas a autorizações públicas. Assim, uma decisão estadual que outorgasse um *direito* inscrevia-se na esfera jurídico-subjectiva do beneficiário sob o manto da protecção normativa da sua imutabilidade, excepcionando-se apenas os casos em que esse *direito adquirido* tivesse que ceder perante um interesse público superior.

Mais tarde, o espectro de protecção deste princípio alargou-se, passando a abranger também as situações de *expectativas legítimas*, ou seja, aqueles momentos prévios à constituição do direito, mas nos quais era já possível identificar uma densidade de protecção ligada ao mesmo na sua fase de formação, que justificava que este fosse oponível às ponderações e reponderações das novas soluções ditadas pela prossecução do interesse público.

> O exemplo clássico deste tipo de expectativas legítimas dignas de protecção jurídica era o direito à pensão de reforma, cujo processo de formação começa quando o futuro pensionista inicia a sua carreira contributiva e se vai densificando à medida que o mesmo se aproxima do momento da reforma, o que justificava, por exemplo, que certas modificações nos regimes de segurança social (ex. idade de reforma, o número de anos de contribuição, as novas formas de cálculo das pensões) não pudessem afectar de igual modo todos os futuros pensionistas. Em outras palavras, a *protecção das legítimas expectativas* exigia a aprovação de um *regime transitório* que isentasse da aplicação ou minorasse os efeitos do novo regime jurídico para aqueles que estavam já a pouco tempo de ver o seu direito constituído.

Ora, o novo contexto económico impôs algumas modificações nesta matéria, em parte também pela circunstância de a globalização económica ter inerente uma dimensão de confronto entre culturas e sistemas jurídicos distintos, em especial um confronto entre a *protecção da confiança legítima* segundo os pressupostos fixados pela jurisprudência continental — sob uma influência dominante do

constitucionalismo germânico — e a doutrina da *common law* em matéria de protecção das *legitimate expectations*. Vejamos as duas perspectivas.

No acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 128/2009 encontramos uma síntese da metódica de aplicação do *princípio da protecção da confiança legítima* segundo a matriz germânica, baseada, fundamentalmente, em *quatro testes* que visam avaliar a conformidade constitucional das medidas:

1.º teste) verificar a existência de um acto do poder legislativo com suficiente densidade para de gerar no indivíduo, objectivamente, a situação concreta de confiança legítima (*indução activa pelo Estado legislador da expectativa legítima que fundamenta a situação de confiança, sendo a mesma avaliada em termos objectivos e de acordo com o contexto regulatório em que é adoptada*);

> Por exemplo, no acórdão n.º 413/14 discutiu-se o problema da imputação subjectiva do acto de indução de confiança ao Estado legislador ou a outra entidade pública, concluindo-se que só no primeiro caso se justificaria o juízo de inconstitucionalidade. Nas palavras do acórdão: *"Contudo, em ambas as hipóteses podem suscitar-se dúvidas quanto à imputação da situação de confiança ao Estado, mormente ao Estado legislador. Com efeito, e desde logo, o compromisso ou a assunção da responsabilidade é da empresa* [pública], *não do Estado directamente (…). Consequentemente, nem se pode falar, ainda que indirectamente, de comportamento estadual. É o primeiro teste da aplicação do princípio da protecção da confiança que dá um resultado negativo".*
>
> No acórdão n.º 575/14 a propósito do carácter objectivo da confiança pode ler-se: *"Na verdade, as expectativas dos particulares na continuidade, e na não disrupção, da ordem jurídica, não são realidades aferíveis ou avaliáveis no plano empírico dos factos. A sua densidade não advém de uma qualquer pré-disposição, anímica ou psicológica, para antecipar mentalmente a iminência ou o risco das alterações legislativas; a sua*

densidade advém do tipo de direitos de que são titulares as pessoas afectadas e do modo pelo qual a Constituição os valora".

Já no acórdão n.º 862/13, o Tribunal Constitucional esclareceu, a propósito da densidade das expectativas a proteger, que "*o beneficiário viu entrar na sua esfera jurídica um direito subjectivo com contornos exactos, estando em situação de exigir ao Estado a prestação que lhe é devida, pelo que se encontrará à partida numa situação que carece de uma tutela ainda mais reforçada do que alguém que ainda está a formar a sua carreira contributiva*".

Por último, o Tribunal Constitucional, já por influência das directrizes europeias, vem também atentando no *contexto regulatório* em que a medida é adoptada para aquilatar da indução ou não de uma situação de confiança. É isto que se infere do disposto no acórdão n.º 749/13 quando aí se afirma que: "*Nessa perspectiva, e considerando as sucessivas medidas de contenção de tais custos que têm vindo a ser adoptadas ao longo dos últimos anos, desde 2010 a 2013, não causa surpresa que, também por esta via, se procure contribuir para o equilíbrio orçamental e a consequente sustentabilidade do nível de despesa pública corrente (…). Com efeito, contrariamente ao alegado pelos dois grupos de requerentes, o aumento do período normal de trabalho dos trabalhadores em funções públicas, equiparando-o àquele que já vigorava para os trabalhadores do sector privado, não constitui uma medida "inesperada"; ao invés, mostra-se consequente com o conjunto de reformas legislativas da Administração Pública que têm vindo a ser adoptadas ao longo dos últimos anos*".

2.º teste) avaliar a legitimidade das expectativas, analisando se as mesmas estão ou não fundamentadas no direito; este teste envolve um juízo de valor sobre o destinatário da medida, mas também aqui, por influência do direito europeu, afastam-se juízos subjectivos e adopta-se como parâmetro de avaliação o cidadão médio, diligente e informado[36];

---

[36] Vale, neste caso, um critério equivalente ao que é empregue na metódica da aplicação do princípio da protecção da confiança legítima para a revogação dos actos administrativos, ou seja, conside-

Por exemplo, no acórdão n.º 786/96 já se podia ler que: *"A validade das expectativas impõe que a previsibilidade da manutenção de uma posição jurídica se fundamente em valores reconhecidos no sistema e não apenas na inércia ou na manutenção do* status quo. *Deste modo, terá de ser objectivamente previsível que se mantenha uma certa regulamentação jurídica no plano dos factos, por não haver indícios de futura alteração legislativa, e também no plano dos valores jurídicos, por não se vislumbrar a sua precariedade no momento em que se constitui a situação jurídica"*.

E mais recentemente o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 355/13, revelou também que neste teste é importante ajuizar da legitimidade das pretensões no plano ético-jurídico: *"os alunos agora afectados (…) vinham beneficiando de um regime de privilégio injustificado relativamente aos alunos dos cursos científico-humanísticos ministrados em regime diurno e que pretendessem, igualmente, aceder ao ensino superior (…). De facto, talqualmente se alertou supra, a legitimidade das expectativas dos cidadãos não está dependente do apuramento de uma mera convicção psicológica destes na estabilidade de um dado regime jurídico, antes carece de ser escrutinada à luz (…) de um filtro normativo, o qual, mais do a que licitude das expectativas, deve determinar a valida-de-legitimidade (as "boas razões") destas tendo em conta os princípios jurídico-constitucionais vigentes"*.

3.º teste) averiguar o desenvolvimento de acções e relações jurídicas por parte do destinatário das medidas que atestam a sua confiança na continuidade das mesmas (*realização de um investimento de confiança*), bem como a existência de uma situação de surpresa (a medida não era razoavelmente expectável por um destinatário médio) e/ou de irreversibilidade, ou seja, a impossibilidade de o destinatário recompor a sua situação jurídico-subjectiva sem um prejuízo irreparável ou especialmente

---

ra-se que a confiança não é legítima se a mesma se encontrar fundamentada em falsas promessas, em situações jurídicas inviáveis face ao direito vigente ou se as promessas foram realizadas por uma entidade sem competência para as poder concretizar.

oneroso (*incapacidade ou especial onerosidade para ultrapassar uma situação de frustração das expectativas legítimas*);

> Por exemplo, no acórdão n.º 187/13 pode ler-se a propósito da protecção devida em caso de *irreversibilidade* das situações constituídas que: *"Chegado o momento em que cessou a vida activa e se tornou exigível o direito às prestações, o pensionista já não dispõe de mecanismos de autotutela e de adaptação da sua própria conduta às novas circunstâncias, o que gera uma situação de confiança reforçada na estabilidade da ordem jurídica e na manutenção das regras que, a seu tempo, serviram para definir o conteúdo do direito à pensão"*; ou ainda, no acórdão n.º 176/12, a propósito da *especial onerosidade* que a medida representa: *"Nesta situação, quando o estudante se apresentou aos exames nacionais do 11.º ano, realizados no ano lectivo anterior (2009/2010), não lhe era possível estabelecer metas e estratégias conformes e adequadas ao cumprimento de uma exigência de classificações mínimas que, à data, não lhe era aplicável (…). E não se diga, em contrário, que aos estudantes colocados nesta situação sempre teria sido possível efectuar novos exames para melhoria da nota (…). Essa modificação é sempre causa de uma prejudicial afectação de expectativas, pois o eventual exercício do direito de repetir as provas do 11.º ano representaria sempre uma notória sobrecarga de esforço, com riscos para o rendimento escolar nas disciplinas do ano lectivo em curso".*

4.º teste) inexistência de um interesse público prevalecente segundo um juízo de proporcionalidade e a indispensabilidade da afectação das legítimas expectativas dos particulares, o que significa que a inconstitucionalidade só pode ser declarada se não existir um interesse público que suporte a medida, se esse interesse público não for preponderante ou se, a sê-lo, os prejuízos causados aos lesados forem muito superiores aos benefícios proporcionados pela medida e, em qualquer caso, não seja possível salvaguardar a posição dos lesados ou reduzir essa lesão através da adopção de um regime transitório.

> Por exemplo, no acórdão n.º 862/13 o Tribunal Constitucional explicita o seu entendimento quanto a este

> derradeiro teste: *"A metodologia a seguir implica sempre uma ponderação de interesses contrapostos: de um lado, as expectativas dos particulares na continuidade do quadro legislativo; do outro, as razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas (...). O método do juízo de avaliação e ponderação dos interesses relacionados com a protecção da confiança é igual ao que se segue quando se julga sobre a proporcionalidade ou adequação substancial de uma medida restritiva de direitos".*
>
> E no acórdão n.º 851/14 revela a sua posição quanto à necessidade de ponderar e justificar a adopção ou não de um regime transitório: *"Na verdade, a história recente demonstra a existência, entre nós, de uma tradição legislativa nos termos da qual a imposição de novos requisitos para o exercício de uma actividade profissional vem geralmente acompanhada de um regime transitório que permite, durante um determinado período, a inscrição em associações públicas por parte daqueles que, sem cumprir esses requisitos, vêm fazendo dessa actividade a sua profissão (...). Por outro lado, sopesando os interesses em presença, parece evidente que a medida de realização do interesse geral permitida pela imediata introdução da exigência de licenciatura é desequilibrada face à intensidade da lesão provocada nas expectativas dos cidadãos afectados"*.

Este último ponto é a nota essencial da cultura jurídica germano-ocidental, ou seja, o juízo de que uma medida não será violadora do princípio da protecção da confiança legítima sempre que a mesma esteja fundada num interesse público que se considere prevalecente face aos interesses privados com ele conflituantes e, segundo um juízo de proporcionalidade, os prejuízos decorrentes da medida necessária para a prevalência do interesse público serem inferiores aos respectivos benefícios gerais, incluindo nessa ponderação a adopção de um regime transitório que assegure transições moderadas entre os regimes jurídicos, evitando mudanças bruscas.

O mesmo tipo de testes é aplicado quando esteja em causa o *julgamento da conformidade constitucional de uma norma*

retroactiva, pois as dimensões que acabámos de explicar constituem um desenvolvimento dos pressupostos fixados pelo Tribunal Constitucional em 1990 a propósito das situações que devem merecer tutela jurídico-constitucional. A este propósito, pode ler-se no acórdão do n.º 287/90, que: *"o princípio da segurança jurídica na vertente material da confiança, para que esta última seja tutelada é necessário que se reúnam dois pressupostos essenciais: a) a afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda; b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição)".*

Já na *cultura britânica da common law*, a protecção das *legitimate expectations* ou *lawfully created expectations* basta-se com outro tipo de parâmetros onde preponderam alguns elementos de natureza subjectiva e procedimental, ou seja, toda a construção é de base jurisprudencial e assenta, maioritariamente, na ideia de que o poder público, na prossecução do interesse público vê-se constantemente confrontado com a necessidade de realizar ponderações entre interesse conflituantes, mas não deve adoptar medidas lesivas que sejam inesperadas para os seus destinatários, sobretudo se o fizer sem os auscultar ou sem os avisar previamente de que essas mudanças irão ocorrer. É este, para os sistemas da *common law,* o contexto problematizador em que se "julgam" as medidas adoptadas no âmbito da tensão entre a autonomia do poder de governo (*discretion*) e o valor da segurança jurídica (*legal certainty*).

Assim, de acordo com o sistema da *common law*, haverá fundamento para proteger as expectativas legítimas quando: *i)* exista uma *situação objectiva de expectativas*

legítimas, e também aqui o conceito é avaliado em termos objectivos e não subjectivos (importa *what individuals are entitled to expect* e não *what individuals actually expect*), sendo a "legitimidade" da expectativa aferida por critérios de consistência, adequação às políticas prosseguidas e conhecimento de situações de facto; *ii)* essas expectativas sejam dignas de protecção (*should be protected*), devendo o tribunal concluir pela *modalidade de protecção* que a mesma deve beneficiar, ou seja, *1)* se aquela expectativa apenas é digna de uma *protecção procedimental* (ele tem o benefício e não deve ser privado dele sem audição prévia) e neste caso ele é titular apenas de uma *procedural legitimate expectation*; *2)* se aquela expectativa é digna de protecção substantiva (*substantive expectation*), mas perante o interesse público em presença é admissível, no juízo de ponderação, que a protecção dada àquela expectativa se resuma a um *fair procedure*, ou seja, admite-se uma protecção procedimental para uma expectativa legítima substantiva; ou *3)* estamos perante uma *substantive legitimate expectation* e só a protecção substantiva é adequada naquele caso, o que significa que a liberdade de condução de políticas públicas deve, nesta hipótese, ceder perante o valor da segurança jurídica. Estes critérios são depois apurados pela jurisprudência, admitindo-se diversos cambiantes.

Estes parâmetros da *common law*, em especial o modo de construção paulatina e por via jurisprudencial dos pressupostos da protecção da confiança legítima são, em certa medida, "absorvidos" pelo *direito europeu*, que posteriormente acaba também por "recombiná-los" com a tradição continental de base normativista e "reconformar" ambos segundo as suas orientações próprias, desenhadas para a compatibilização da protecção da confiança dos indivíduos com a dinâmica regulatória própria de um regime de mercado, que se pretende eficiente e competitivo e que, por essa razão, aceita uma mutação

constante dos regimes jurídicos. Posteriormente, também pela via jurisprudencial, estes "novos" critérios ou parâmetros da *protecção da confiança legítima* acabam por chegar aos Estados-membros e ser aplicados por estes, sobretudo quando se trata de avaliar a protecção da confiança em relação a medidas decorrentes da aplicação daquele direito.

Na versão "europeizada" da *protecção da confiança legítima* os requisitos são essencialmente três: *i)* terem sido fornecidas ao interessado pela administração da União garantias precisas, incondicionais e concordantes, emanadas de fontes autorizadas e fiáveis; *ii)* essas garantias serem de molde a criar uma expectativa legítima no espírito daquele a quem se dirigem; *iii)* as garantias serem conformes com as normas aplicáveis.

O *princípio da protecção da confiança legítima* — a par com o princípio da proporcionalidade que iremos referir em seguida — são dois princípios que estão em mutação e que adquiriram um papel central nos nossos dias, pois são princípios com vocação universal no contexto da internormatividade e da globalização económica e fazem parte do léxico jurídico do direito global.

2.4. Princípio ou garantia do acesso ao direito

Uma última dimensão do *princípio do Estado de Direito* é a *garantia do acesso ao direito*, que entre nós tem consagração expressa no artigo 20.º da C.R.P.

Trata-se, não só no direito continental, mas também nos sistemas de *common law*, de uma dimensão essencial da limitação do poder do Estado: assegurar que os cidadãos têm direito a defender-se mediante processo justo e equitativo (*due process*) dos actos do poder público, assim como encontrarem no sistema jurídico instrumentos efectivos

para fazer valer os seus direitos perante o poder público e perante os outros sujeitos de direito privado.

Nesta acepção assim mais ampla, que é aquela que hoje verdadeiramente interessa na caracterização de um Estado de Direito, a *garantia do acesso ao direito* não se esgota nas dimensões expressamente consagradas no referido artigo 20.º da C.R.P. — o direito à informação e consulta jurídica, a fazer-se acompanhar por advogado, a obter uma decisão em prazo razoável e mediante processo justo e equitativo e a dispor de procedimentos judiciais céleres e prioritários para defesa de direitos, liberdades e garantias pessoais — e exige até alguma especialização.

Assim, podemos subdividir este princípio no domínio das *garantias fundamentais em processo penal*, na *acção administrativa,* na *acção cível*, e em alguns domínios especiais de natureza híbrida público-privada.

De todos os domínios acabados de referir, o da *acção penal* é o que tem maior tradição, pois é aquele onde o Estado, no uso autorizado do poder, prossegue as actividades de investigação criminal, processo acusatório e execução das penas, justificando, por isso, especiais cautelas no exercício desses poderes, assim como a instituição de um sistema de garantia dos direitos dos investigados, acusados e reclusos. Assim, os artigos 27.º/2 e 5 da C.R.P. (regulação das situações de privação lícita da liberdade, como os casos de detenção), 28.º da C.R.P. (regulação das condições da prisão preventiva), 29.º da C.R.P. (aplicação da lei criminal, no qual se destaca o princípio *ne bis in idem*), 30.º da C.R.P. (limites das penas e das medidas de segurança, onde se inclui a proibição da prisão perpétua e por tempo indefinido ou ilimitado, bem como a intransmissibilidade das penas), 31.º da C.R.P. (*habeas corpus* nos casos de prisão ou detenção ilegal), 32.º da C.R.P. (garantias de processo criminal, com especial relevo para a presunção de inocência, o direito

ao contraditório, a limitação dos meios de prova admissíveis e o princípio do juiz natural) e 34.º/2 a 4 da C.R.P. (ingerência no domicílio e na correspondência) acolhem as principais dimensões da defesa dos cidadãos no âmbito amplo da acção penal do Estado.

É importante sublinhar que estas *garantias na acção penal* constituem um dos desenvolvimentos mais relevantes no contexto do Estado de direito e que se formaram, essencialmente, sob a égide do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (em especial a presunção de inocência) e a disseminação dos direitos humanos e da necessidade de impor algum equilíbrio de forças entre o poder público e os indivíduos. Mas é também relevante destacar que, nesta como em outras matérias, a necessidade de constante ponderação e equilíbrio entre os bens e os valores constitucionais em presença justificam igualmente que nenhuma medida deva ser qualificada como *irreversível* e que alguns tipos especiais de criminalidade — em particular a criminalidade económica transnacional e o terrorismo — justificam a reponderação dos bens e interesses em presença e, nessa medida, uma redução ponderada de algumas garantias, como a inviolabilidade das comunicações ou mesmos as limitações em matéria de meios de prova.

> Por exemplo, no acórdão n.º 403/15, o Tribunal Constitucional analisou a conformidade constitucional de uma medida legislativa que visava permitir aos serviços de inteligência dos Estado Português aceder a informação bancária, a informação fiscal, a dados de tráfego, de localização ou outros dados conexos das comunicações, necessários para identificar o assinante ou utilizador ou para encontrar e identificar a fonte, o destino, a data, a hora, a duração e o tipo de comunicação, bem como para identificar o equipamento de telecomunicações ou a sua localização, sempre que fossem necessários, adequados ou proporcionais, numa sociedade democrática, para o cumprimento das atribuições legais dos serviços

> de informações, mediante a autorização prévia e obrigatória de um órgão especial não judicial, na sequência de pedido devidamente fundamentado; e, na sua apreciação, considerou que *"ao definir o campo de incidência da lei restritiva do direito à inviolabilidade das comunicações pela «matéria de processo criminal» a Constituição ponderou e tomou posição (em parte) sobre o conflito entre os bens jurídicos protegidos por aquele direito fundamental e os valores comunitários, especialmente os da segurança, a cuja realiza*ção se dirige o processo penal", por isso *"Estando excluída a possibilidade (…) de efectuar uma interpretação da norma constitucional [artigo 34.º/4] que consinta o acesso a dados de tráfego, de localização ou outros dados conexos das comunicações no âmbito das atribuições dos serviços de informações, à revelia de qualquer processo penal ou autorização judicial, ainda que tenha em vista a prevenção penal de bens jurídicos muito relevantes (…), dificilmente se poderá encarar a ideia de uma ampliação do âmbito da restrição contida no artigo 34.º, n.º 4, a partir do fim da regulação ou da conexão de sentido da norma"*. O que significa que não considerou que o combate ao terrorismo justificasse uma reponderação dos bens constitucionais em presença no sentido de admitir que uma restrição à inviolabilidade das comunicações pudesse ter origem em outro processo que não o processo criminal, como era o caso. Esta decisão, contudo, não foi unânime, nem isenta de criticas.

Já no domínio da *acção administrativa e tributária*, o legislador constituinte sentiu, do mesmo modo, a necessidade de acrescentar algumas garantias adicionais em matéria de acesso ao direito, para além das que constam do mencionado artigo 20.º da C.R.P.

Assim, segundo o artigo 268.º da C.R.P., são assegurados aos administrados: *i)* o direito a ser informados pela Administração, num determinado prazo, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas (*princípio da informação administrativa* e da *transparência*); *ii)* o direito de acesso aos arquivos e registos

administrativos, num determinado prazo, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas (*princípio do arquivo aberto*); *iii)* o direito à notificação dos actos administrativos aos interessados, na forma prevista na lei, e à fundamentação expressa e acessível quando aqueles afectem direitos ou interesses legalmente protegidos; *iv)* a tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas; e *v)* o direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

Para além disso, aos *contribuintes* (que para este efeito constituem um tipo espacial de administrados) são ainda asseguradas outras garantias adicionais relativamente às dispostas nos artigos 20.º e 268.º da C.R.P., referimo-nos: *i)* ao princípio da legalidade e da tipicidade fiscais (artigo 103.º/2 da C.R.P.), já referidos a propósito do princípio da legalidade da Administração; e *ii)* ao reconhecimento de que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei (*direito de resistência fiscal*) (artigo 103.º/3 da C.R.P.).

No caso dos *administrados* e dos *contribuintes* as garantias fundamentais antes mencionadas são também uma forma de assegurar um equilíbrio e uma ponderação entre dois bens ou valores constitucionais: a prossecução do interesse público e a obtenção dos meios financeiros necessários à mesma com a garantia dos direitos e interesses legítimos daqueles que se relacionam, por força da

actividade que exercem (na sua qualidade de administrados e/ou contribuintes), com os poderes públicos que prosseguem aqueles interesses. Isto significa, uma vez mais, que, no plano constitucional, algumas medidas normativas que visam a prossecução daqueles interesses acabam por colidir e/ou limitar os referidos direitos e garantias, pelo que se torna essencial fazer uma avaliação da correcta ponderação dos bens em presença.

> Por exemplo, no acórdão n.º 425/99, o Tribunal Constitucional foi chamado a analisar a conformidade constitucional da norma legal que impunha o recurso hierárquico obrigatório (recurso administrativo), "impedindo" que os administrados pudessem recorrer imediatamente aos tribunais dos actos desfavoráveis, tendo o mesmo concluído que «*não se vê que da consagração desta garantia de protecção jurisdicional, dirigida à protecção dos particulares através dos tribunais, e deste direito de impugnação dos actos administrativos lesivos, haja que decorrer a impossibilidade do condicionamento, pelo legislador, de tal recurso contencioso a um recurso hierárquico dos actos administrativos proferidos por órgãos subalternos da Administração — ou, o que é o mesmo, que dela decorra uma obrigatória impugnabilidade jurisdicional imediata desses actos, independentemente da sua reapreciação por órgãos superiores*».

No plano da *acção cível,* onde, em regra, encontramos litígios entre particulares no âmbito de relações jurídicas horizontais, as garantias reconduzem-se, essencialmente, ao disposto no artigo 20.º da C.R.P. Isto não significa, porém, que alguns destes litígios cíveis não terminem por pôr em confronto direitos subjectivos (direitos individuais) simples e direitos fundamentais, onde os meios de defesa/garantia desses direitos fundamentais proporcionados pelo Estado acabam por ser questionados.

> Por exemplo, é o caso já mencionado em que a lei civil estipula prazos de caducidade para o exercício da acção de investigação de paternidade, na qual se opõem o direito do presumível filho a obter a sua identidade genética e filial e o direito do presumível progenitor a ver

> estabilizada a sua vida privada decorrido um determinado período de tempo. A solução legal, segundo uma parte da doutrina, só faria sentido quando a prova para o estabelecimento da filiação não era certa e dependia de elementos como testemunhos, que, à medida que o tempo passa, se tornam menos fiáveis. Porém, actualmente, com a possibilidade de recurso a técnicas como o ADN, deixaria de ser justificável aquela limitação e deveria prevalecer o direito do reclamante da paternidade à sua identidade genética. Já outra parte da doutrina entende que a limitação temporal se continua a justificar nos nossos dias, exactamente porque estão em conflito dois direitos fundamentais e esta solução é a que salvaguarda a melhor ponderação entre ambos. Nas palavras do Tribunal Constitucional: *"Há, pois, valores e interesse contrapostos, também dignos de protecção constitucional, como a família constituída por pais e filhos e certas posições jurídico subjectivas do pai presumido, que podem ser sacrificados com uma tutela maximizada do direito à identidade pessoal, que possibilite o exercício a todo o tempo do direito de impugnação da paternidade"* (*cf.*, por último, o acórdão n.º 309/2016).

Por fim, encontramos hoje novos domínios especiais em matéria de garantia do acesso ao direito e que aqui podemos referir de forma tópica. É o caso da protecção de bens jurídicos fundamentais sem sujeito: *i)* da defesa de *bens jurídicos colectivos ou de interesses difusos*, como o ambiente e a saúde pública; *ii)* da defesa de *bens jurídicos sem personalidade jurídica*, como os animais; *iii)* da defesa de *bens jurídicos pré-aquisição ou pós-perda de personalidade jurídica*, como sucede com os direitos das gerações futuras e dos mortos. E é também o caso de novos ramos do direito, de natureza híbrida, público-privada, onde encontramos pessoas e entidades jurídicas em situação de especial vulnerabilidade que carecem de protecção reforçada, à semelhança do que sucede na acção penal e administrativa. Referimo-nos, para dar alguns exemplos: *i)* aos consumidores (artigo 60.º da C.R.P.); *ii)* aos pequenos investidores; e *iii)* aos regulados em sectores especialmente competitivos.

3. Princípio da Proporcionalidade

O *princípio da proporcionalidade* é hoje o instrumento jurídico mais relevante e frequente no controlo judicial dos actos do poder público, particularmente quando contendem e, sobretudo, quando restringem ou limitam direitos fundamentais.

A realidade actual veio pôr em destaque as dificuldades metódicas associadas à *realização* deste princípio, sublinhando a diversidade de "culturas de interpretação" e a urgência na promoção da *metódica do direito comparado.*

A construção clássica do *princípio da proporcionalidade* deve-se, como quase tudo o que temos vindo a referir, à dogmática e jurisprudência alemã, mas nas últimas décadas este princípio universalizou-se, e constitui, hoje, a um *"padrão universal de valoração de poderes e medidas"*, que está presente em todos os ordenamentos jurídicos — global, internacional, europeu, constitucional dos países do sistema continental e constitucional dos países da *common law* e, ainda, dos constitucionalismos mais recentes do espaço C*ommonwealth*, como o de Israel e da África do Sul.

Neste movimento de *expansão transnacional* para outros ordenamentos jurídicos, o princípio da proporcionalidade acaba, por um lado, transformando-se num *transplante legal* — algo dificilmente acomodável, na sua concepção original, em todos os sistemas, principalmente se for concebido como conteúdo doutrinário; mas essencial, enquanto *metódica de balanceamento,* na promoção de um *standard universal* para o *controlo do poder* e *a avaliação das medidas restritivas de direitos fundamentais* e das que *afectem expectativas legítimas* — e, por outro, sofrendo uma mutação no seu conteúdo originário, que justifica a mutação da clássica trilogia alemã dos três subprincípios

concretizadores — adequação, necessidade e proporcionalidade — para os diversos arranjos da *tetralogia* desenvolvida no plano universal — adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade — que procura garantir a combinação intrínseca entre a perspectiva metódica (a *ponderação* e o *balanceamento*) e a perspectiva conteudística à escala universal (a *razoabilidade*), a qual redunda, num verdadeiro *tetralemma*[37], tantas são as diferenças metódicas que existem neste novo contexto multinível de realização do princípio da proporcionalidade.

A *actualização* dos *critérios de realização* deste princípio adveio, no essencial, das dificuldades sentidas ao nível do método jurídico tradicional quanto à aplicação do *"teste da necessidade"* no domínio do controlo de actos legislativos em matéria de medidas políticas que contendem com direitos e liberdades fundamentais, pois no que respeita ao controlo de medidas restritivas de direitos fundamentais propriamente ditas, a substituição da trilogia pelo *tetralemma* deve-se, basicamente, à *globalização dos direitos humanos* (com a consequente *fragmentação da ordem jurídica internacional*) e à *internacionalização da respectiva protecção* através de *tribunais internacionais* (temas que abordaremos no estudo do Direito Constitucional II).

[37] Um *tetralemma* é um enunciado lógico originário da filosofia indiana (*Catuskoti*) que concebe quatro possibilidades a partir de uma premissa: *ser X*, *ser não X*, *ser X e ser não X* (ambos), ou *não ser X nem não X* (nenhum). Calliess utilizou esta figura para classificar o *direito transnacional*, dizendo que não estávamos perante direito de um Estado, nem perante direito de outro Estado (por remissão de normas, ou seja, afastou a possibilidade de estarmos perante um direito internacional privado ou de colisão de ordenamentos), nem perante direito internacional (que será o direito de ambos, do Estado e do outro Estado), e sim perante *"um direito novo"* ou uma nova fonte jurídica, que não é nacional, nem de outro Estado, nem internacional.

3.1. A perspectiva tradicional do princípio

O *princípio da proporcionalidade,* na sua formulação tradicional do triplo teste (*dreistufige Prüfung*), aparece sempre associado à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e tem como marcos históricos o "caso das farmácias" (*Apothekenurteil*), de 1958 — o tribunal constitucional alemão, chamado a apreciar a conformidade constitucional do artigo 3.º, §1.º da lei alemã das farmácias (no qual se instituíam certas condições, *i. e.,* certos pressupostos de interesse público para a abertura de novas farmácias), com a liberdade de escolha de profissão (interpretada como liberdade de vocação), consagrada no artigo 12 da *Grundgesetz*, adopta uma metódica especial para a apreciação das situações em que o direito de liberdade individual é restringido por razões de interesse público, a qual se baseia nos *testes de adequação, necessidade* e *proporcionalidade em sentido restrito* —, e o "caso *Lüth*", de 1956 — num litígio em matéria de responsabilidade civil, que opunha um judeu a um realizador que fora apoiante do regime Nazi, o Tribunal Constitucional alemão considerou que a propaganda negativa sobre um filme efectuada pelo primeiro estava protegida pelo direito fundamental de liberdade de expressão —, no qual se afirma a "primazia" do sistema constitucional de direitos fundamentais sobre as normas de direito civil reguladoras dos direitos de personalidade.

De acordo com a metódica jurisprudencial germânica, o tribunal deve, em primeiro lugar, analisar a *adequação da medida* (*Geeignetheit*), ou seja, a sua idoneidade para a prossecução do fim, o que consubstancia, também, uma expressão do óptimo de Pareto (optimização relativa em face de condições fácticas) no sentido de que nenhuma medida restritiva de um direito deve ser admitida se com ela não se visar a promoção de um outro direito ou

interesse geral. Seguidamente, há-de verificar a respectiva *necessidade* (*Erforderlichkeit*), o que significa que tem de concluir que a medida não pode ser substituída por outra igualmente adequada (eficaz), mas menos gravosa ("mandato do meio mais benigno", na formulação da doutrina alemã). E, por último, o tribunal apenas há-de considerar conforme com o princípio constitucional a medida que, no âmbito do juízo de *proporcionalidade em sentido restrito* (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), permita concluir que não é demasiado gravosa em relação à conveniência de alcançar o resultado pretendido ("mandato da ponderação" — também na formulação da doutrina alemã).

Segundo a doutrina germânica, os dois primeiros testes — *adequação* e *necessidade* — são mandatos de *optimização fáctica*, enquanto o teste da *proporcionalidade em sentido restrito* é um mandato de *optimização jurídica*. Isto significa que nos dois primeiros casos há uma interdependência entre o juízo normativo e as condições de validade fáctica das medidas, de onde resulta, ou pode resultar, uma limitação funcional para o tribunal, enquanto no teste da *proporcionalidade em sentido restrito* estaremos perante um juízo normativo de ponderação entre dois direitos conflituantes ou entre um direito e um interesse público relevante.

Recentemente, alguns autores alemães vêm sublinhar a necessidade de juntar um *quarto teste*, prévio àqueles três, assente na autonomização do escrutínio da *legitimidade dos fins*, partindo da premissa de que nem todos os fins são legítimos por causa dos limites que podem ser justapostos à "liberdade de escolha pública". Este teste constitui, também, ou seja, conjuntamente com o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, um *momento normativo*.

Entre nós, a dogmática do *princípio da proporcionalidade* foi especialmente desenvolvida por Gomes Canotilho, no

estudo do *princípio da proibição do excesso*, por Vieira de Andrade, a propósito das restrições legislativas de direitos fundamentais e por Reis Novais. Apesar de partirem da *clássica trilogia germânica*, cada um destes autores destaca aspectos diversos em relação à metódica daquele princípio.

Gomes Canotilho afirma que o *espaço de livre conformação do legislador* (que parece também estender ao poder regulamentar) justifica uma "limitação" do controlo do poder judicial aos juízos de adequação e proporcionalidade em sentido restrito, de onde podemos inferir que o autor "deixa" ao espaço de acção própria do princípio da legalidade democrática a "escolha" da medida, tornando inoperativo o *teste da necessidade* (algo que, como veremos, tem sido a posição adoptada pela nossa jurisprudência constitucional).

Já Vieira de Andrade, na esteira de Hesse, também "neutraliza" o *teste da necessidade* (o "mandato do meio mais benigno"), mas não o deixa inteiramente entregue ao espaço de criação própria da liberdade democrática, promovendo antes a sua "substituição" pelo *teste da "razoabilidade"*, admitindo as medidas mais ou menos restritivas, desde que todas elas se encontrem "dentro dos limites da razoabilidade exigível".

Por último, Reis Novais apresenta também uma proposta, desta feita não de "substituição" do teste da necessidade pelo teste da razoabilidade, mas antes de *"complementação"* do teste da proporcionalidade em sentido restrito com o *teste da razoabilidade*, em que, segundo o autor, o núcleo intangível das medidas não deve limitar-se à dignidade da pessoa humana, mas antes estender-se, também, à razoabilidade (apreciação da gravidade qualitativa e quantitativa da medida face à tolerabilidade da limitação da liberdade de autonomia pessoal), e ainda com o *teste da determinabilidade,* que impõe um grau de concretização e densidade para as normas que acolhem

as medidas restritivas de forma a limitar ao máximo o respectivo espaço de *realização.*

A interpretação proposta por Reis Novais, sobretudo quando comparada com a leitura apresentada por Gomes Canotilho, parece pretender abranger a *"dimensão moral da proporcionalidade"*, que tradicionalmente alguma doutrina contrapõe à "dimensão política daquele princípio", sobretudo quando afirma que o *princípio da razoabilidade* visa, precisamente, evitar que a protecção dos direitos se limite à inviolabilidade do núcleo, uma vez que, para ele, na esteira de Dworkin, uma das funções essenciais dos direitos fundamentais consiste no facto de estes funcionarem como "trunfos contra as maiorias". Situação que não estaria devidamente assegurada caso o controlo da proporcionalidade dos actos legislativos se circunscrevesse a um balanceamento entre a gravidade da medida e a conveniência na prossecução do fim.

Uma interpretação entretanto ultrapassada, como a doutrina germânica mais recente sublinha, quando enaltece as qualidades do princípio da proporcionalidade em sentido restrito como "um poderoso instrumento racional de universalização de *standards* globais".

Efectivamente, as críticas avançadas pelos defensores da argumentação moral acabam superadas pelos argumentos apresentados por Alexy, quando o autor explica que a *universalização* do princípio decorre precisamente do seu carácter flexível, pois do balanceamento sairá um resultado ajustado às premissas fornecidas pelo contexto cultural. Não se trata de uma ponderação sempre favorável ao interesse público (em princípio representado pela maioria), mas sim de um resultado fundado "no peso que as pessoas derem aos interesses relevantes em conflito". Veja-se que o contexto de *universalização* não conduz, fatalmente, a uma diluição das minorias. Pelo contrário, alarga o leque de valores para o *teste da razoabilidade* e

reforça o conteúdo mínimo da protecção (em resultado, desde logo, do "diálogo" com outras soluções interpretativas), ao mesmo tempo que dilui o efeito *irritante* da diversidade cultural.

> Por exemplo, no recente caso da proibição do *uso do 'burkini'* nas praias francesas, decretada pelo município francês de Villeneuve-Loubet, que deu origem a um recurso para o *Conseil D'État*, pode ler-se na decisão deste órgão que, a referida proibição, que havia sido adoptada com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública após os atentados terroristas, deve cumprir os requisitos gerais da normatividade das medidas de polícia — adequação, necessidade e proporcionalidade em relação aos fins de interesse público a prosseguir — e que, segundo esse parâmetro de controlo, a medida adoptada constitui uma *ingerência excessiva* nas liberdades de circulação, de consciência e de autodeterminação pessoal, que não pode ser justificada por razões de ordem pública e higiene das praias.

Afastada esta perspectiva, importa sublinhar que também não nos identificamos com a posição subscrita por Gomes Canotilho, pois não se nos afigura hoje razoável que o Tribunal Constitucional se demita do controlo da *necessidade da medida*, apenas por esse ser um espaço que o princípio da legalidade democrática "manda" deixar à livre conformação do poder legitimamente investido segundo as regras do jogo democrático. Não queremos com isto defender um retrocesso e a defesa do modelo de interpretação característico do "novo constitucionalismo" — assente no esteio de legitimação da ordem democrática a partir da efectiva protecção dos direitos fundamentais e dos "mandatos constitucionais" em matéria de concretização de políticas públicas. Longe disso, pretendemos apenas sublinhar a existência de uma "nova ordem económica global" que informa, também, o contexto interpretativo dos direitos fundamentais.

Verdadeiramente, este novo modelo económico-social recomenda o escrutínio da liberdade de conformação legislativa de forma mais densa. Trata-se de um novo modelo económico-social, que, em nosso entender, consubstancia um *limite interpretativo* dos direitos, seja entendido como um contexto que tem de estar presente no momento interpretativo em que se formulam as restrições (se optarmos pela teoria individualista do Estado e da sociedade, *i. e.*, pela clássica *teoria externa*), seja, como nos parece actualmente mais correcto (em razão do reforço de poder da Comunidade face ao Estado no contexto global), entendido como limite imanente à força irradiante dos direitos (se optarmos pela visão comunitária do direito, *i. e.*, pela clássica *teoria interna*). Isto, pese embora o facto de esse escrutínio não ter que ser necessariamente judicial, e, menos ainda, efectuado pelo Tribunal Constitucional — tal como não o concebemos como agente activador de políticas, também o não concebemos como "guardião" da boa governação.

A nossa posição acabará, neste contexto, por se aproximar, em certa medida, da proposta avançada por Vieira de Andrade quanto ao *teste da razoabilidade*, quando o concebemos como complemento da análise do *princípio da necessidade,* principalmente nas situações de "limitação" dos direitos decorrentes da implementação de políticas públicas (novas opções políticas). Acreditamos, porém, que a *justiça* desta opção metódica requer complementos de controlo daquelas medidas *a montante* do controlo de constitucionalidade. É esta, como veremos, a solução que nos parece mais adequada no actual contexto da *universalização do princípio da proporcionalidade,* impulsionada pela globalização económica e pela internacionalização da protecção jurídica dos direitos humanos.

3.2. As novas formulações no contexto do direito constitucional comparado

Não foi apenas na Europa ou nos sistemas jurídicos continentais que este princípio de matriz germânica se divulgou. A sua força expansiva permitiu-lhe impor-se nos sistemas jurídicos da *Commonwealth* — seja nos que passaram a dispor de constituição escrita, como o Canadá e a África do Sul, seja naqueles que se mantiveram fieis à não adopção de um tal documento, como Israel —, *inclusive* no sistema jurídico britânico, desta feita por influência do direito europeu, e ainda nos sistemas normativos internacionais de origem convencional, que em regra a doutrina associa à constituição de "novas ordens jurídicas de base constitucional" resultantes da fragmentação do direito internacional, de que constituem exemplos a União Europeia, o Conselho da Europa e a Organização Mundial de Comércio.

O *Canadá* acolheu o *princípio da proporcionalidade* na década de 80, por ocasião da entrada em vigor da *Canada's Charter of Rights end Freedoms (CCRF)*. Recepção que aparece, pela primeira vez, na sentença *Regina v. Oakes*, onde a formulação do princípio em matéria de interpretação da *cláusula dos limites razoáveis* (*section 1 da CCRF*) pelo juiz Dickson obedece, também, a um *triplo teste*, conhecido como o *Oakes test*: *i)* as medidas têm que estar racionalmente conectadas ao objectivo a prosseguir; *ii)* para além disso, devem restringir o menos possível (*"minimal impairment"*) o direito previsto na *CCRF*; *iii)* exigindo-se, ainda, uma relação de proporcionalidade entre os efeitos provocados pelas medidas e os objectivos a prosseguir, aos quais, por seu turno, deve ser reconhecida "relevância suficiente".

Este *triplo teste* apresenta diferenças assinaláveis entre o controlo canadiano e o germânico em matéria de restrição de direitos fundamentais, sendo o teste do *"minimal impairment"* mais exigente do que o controlo geral da *proporcionalidade* adoptado pelo *Bundesverfassungsgericht*, o que leva alguns autores a propor uma substituição desta metódica por um regime de *two-step proportionality/balancing*, em que num primeiro momento se analisaria a existência de uma violação ou limitação do direito, para, num segundo momento, verificar se essa limitação/violação seria razoável ou justificada segundo o teste da proporcionalidade.

A África do Sul, um exemplo do constitucionalismo mais recente, consagra igualmente uma cláusula de limitação de direitos na respectiva Lei Fundamental — *Section 36*. A jurisprudência daquele país acabaria por acolher também o princípio da proporcionalidade.

> Por exemplo, na decisão *State v. Makwanyane*, onde foi chamada apreciar o problema da *pena de morte*, o tribunal afirmou que *"a limitação de direitos fundamentais para a prossecução de um propósito razoável e necessário numa sociedade democrática impõe o balanceamento de valores que estão em concorrência e um juízo derradeiro baseado na proporcionalidade"* (tradução nossa).

A *maior disparidade* metodológica encontrava-se, porém, entre o *método germano* de controlo da proporcionalidade e o *Wednesbury reasonableness test* do Reino Unido. Com efeito, a tradição britânica no controlo da actuação das entidades públicas sempre se centrou num exame de fiscalização (*judicial review*), incidente fundamentalmente sobre o *processo de actuação*, e menos focado no *conteúdo* da decisão. O *controlo do conteúdo* resumia-se à verificação da não *irrazoabilidade* da decisão (*"Wednesbury unreasonableness"*), centrando-se no pressuposto de que o papel do

tribunal não é o de substituir o juízo da entidade pública, mas apenas o de verificar a sua legalidade, bem como o de testar se a solução a que chegou a entidade pública se afigura *"desprovida de um fundamento razoável satisfatório"*, no sentido de que nenhuma autoridade a adoptaria com base em critérios racionais.

A compreensão britânica resulta da *separação de poderes*, aliada à necessidade de diferenciação bem vincada entre *fiscalização (review)* e *recurso (appeal)* judicial. Apesar disso, é importante não esquecer que na jurisprudência do *House of Lords* já era possível verificar a existência de uma pequena evolução do *Wednesbury reasonableness* para uma forma mais intensa de escrutínio dos poderes públicos, fundada no *anxious scrutiny* (este parâmetro aparece referido originalmente no caso *Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department*, de 1987, AC 514), sempre que estivesse em causa a protecção de direitos humanos.

A evolução substancial da jurisprudência e da doutrina daquele país em matéria de controlo das decisões dos poderes públicos acabaria, no entanto, por ser motivada, de forma mais evidente, quer pela aprovação do *Human Rights Act (1998)*, quer pelas constantes ingerências do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tornaram cristalinas as insuficiências do *Wednesbury unreasonableness test*.

Na verdade, é com a decisão *Daly* que o *House of Lords* inaugura uma nova era no domínio do controlo da proporcionalidade — período que os autores apelidam como emergência de uma "cultura de justificação" —, na qual se aprofunda o âmbito do controlo material dos juízes sem adulterar a essência da *judicial review*.

> Por exemplo, o caso *Daly v. Secretary of State for Home Department* (2001) solicitou a apreciação pelo *House of Lords* de um conjunto de normas respeitantes às buscas em celas prisionais, nas quais se impedia a presença do

> prisioneiro, para evitar que este apreendesse as técnicas utilizadas pelos guardas prisionais, aos quais era permitido examinar, mas não ler, a correspondência existente na cela. Mr. Daly contesta estas normas, alegando que a circunstância de não poder estar presente durante a realização das buscas punha em causa o seu direito à confidencialidade na comunicação, uma vez que nada impediria os guardas, nesse caso, de ler a sua correspondência.

Os juízes concordaram quanto à necessidade de adoptar um instrumento mais sofisticado, como o *princípio da proporcionalidade*, no controlo de medidas restritivas de direitos consagrados no *Human Rights Act* — desde logo, era essencial verificar a necessidade das medidas, e analisar se as mesmas se revelavam adequadas à prossecução dos fins, tendo estes também que se mostrar legítimos.

Contudo, em decisões mais recentes, de que constitui exemplo o caso *Doherty v. Birmingham City Council,* os juízes do *House of Lords* voltam a questionar a "necessidade" de recorrer ao teste da proporcionalidade e propõem como alternativa ("solução *b*") a *judicial review, including unreasonableness*, mais consentânea com o princípio da separação de poderes. Estas hesitações quanto à *metódica do princípio da proporcionalidade* no sistema britânico devem-se, a nosso ver, sobretudo aos *genes da common law*, responsáveis pela incapacidade de se estabelecer naquele sistema uma diferenciação clara entre a proporcionalidade no domínio da actividade administrativa e a proporcionalidade no domínio dos actos normativos.

> Por exemplo, no caso *Doherty v. Birmingham City Council* [2008] UKHL 57 discutia-se a possibilidade de uma autoridade local executar a decisão de desocupação de um terreno onde estava instalada uma família cigana que não dispunha de um título válido (licença caducada).

Já dentro dos denominados "novos ordenamentos constitucionais internacionais", o destaque vai, em primeiro

lugar, para a *adaptação* que o *direito da União Europeia* fez do *princípio da proporcionalidade,* afeiçoando-o a uma *técnica de "judicial governance",* que permite calibrar as "finalidades e a autoridade do direito europeu" ao mesmo tempo que regula a autonomia dos Estados-membros no contexto da integração económica e política.

> Por exemplo, no caso *Comissão v. Hungria, o* Tribunal deu razão à Comissão e condenou a Hungria por estabelecer um limite máximo de idade (62 anos) para a cessação obrigatória da actividade dos juízes, procuradores e notários sem apresentar um fundamento razoável, o que, no entender do tribunal, *"origina uma diferença de tratamento em razão da idade que não é proporcionada relativamente aos objectivos prosseguidos, violando assim o quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional imposto pela Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000".*
>
> Já no caso *Comissão v. Áustria* o tribunal concluiu que a Áustria violou os artigos 28.º e 29.º do TCE ao proibir a circulação de camiões com peso bruto superior a 7,5 toneladas, que transportassem determinadas mercadorias, num troço da auto-estrada A 12, no *vale do Inn*, em cumprimento das normas europeias em matéria de limites de emissões poluentes no âmbito do transporte rodoviário de mercadorias. Segundo o Tribunal, as entidades austríacas não demonstraram que este fosse *o meio menos oneroso* para cumprir aquele objectivo.

Na mesma linha, o *sistema europeu de protecção de direitos humanos,* que conta com o Tribunal Europeu de Estrasburgo como instrumento essencial para a garantia dos direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, é também um dos novos domínios de eleição para a aplicação do *princípio da proporcionalidade*.

> Por exemplo, no caso *López Ostra v. Spain* (Application no. 16798/90) estavam em causa emissões sonoras e poluentes provenientes de uma fábrica de curtumes instalada em Lorca (localidade da espanhola Andaluzia),

que atingiam a habitação da requerente *Gregoria López Ostra*, a qual após diversos recursos junto das entidades judiciais espanholas, sem que tivesse obtido uma resolução definitiva do problema, designadamente a anulação da licença e/ou uma indemnização pelos danos decorrentes das emissões poluentes, intentou no TEDH uma acção na qual o Tribunal haveria de condenar o Reino da Espanha, com fundamento na violação dos artigos 3.º (proibição da tortura) e 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar). Apesar de as instâncias nacionais, quer judiciais (que apenas ordenaram, em uma ocasião, o encerramento temporário da industria), quer administrativas, terem considerado, perante o conflito de direitos em causa, que o facto de a indústria respeitar as normas nacionais e europeias em matéria ambiental era suficiente para considerar *excessivo* e *desproporcionado* o seu encerramento, o Tribunal Europeu entendeu, apesar da margem de livre apreciação, que o conflito justificava uma ponderação diferente, favorável à prevalência da posição jurídica da requerente — *"In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in any case the State enjoys a certain margin of appreciation (…) Having regard to the foregoing, and despite the margin of appreciation left to the respondent State, the Court considers that the State did not succeed in striking a fair balance between the interest of the town's economic well-being - that of having a waste-treatment plant - and the applicant's effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life"*

Também o *Painel de Resolução de Litígios na Organização Mundial de Comércio* (*The Dispute Settlement Body*) convoca regularmente o *princípio da proporcionalidade* na formulação das suas decisões. Recorde-se que este *Painel* tem uma natureza jurídica especial — é um *trustee court*, na expressão de alguns autores — e os problemas que resolve resultam, maioritariamente, numa tarefa hermenêutica de densificação do âmbito de aplicação das *"excepções gerais"* à proibição de entraves à liberdade de comércio

internacional, previstas no artigo XX do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).

> Por exemplo, no caso que opôs os Estados Unidos à China a propósito da adopção por esta de medidas restritivas em matéria de transacção de direitos sobre conteúdos audiovisuais — caso *China-Publications and Audiovisual Products* (2007, DS363) — pode ler-se o seguinte: *"regarding China's Article XX(a) defence, which concerned reading materials and finished audiovisual products, the panel determined that,* because there was at least one other reasonably available alternative, *China's measures were not "necessary" within the meaning of Article XX(a)".*

3.3. Uma proposta de recompreensão do princípio

O percurso anterior foi suficiente, em nosso entender, para tornar claras as novas vocações do *princípio da proporcionalidade* enquanto parâmetro judicial de controlo de medidas legislativas.

Assim, no caso da restrição legislativa de direitos fundamentais podemos distinguir três situações: *i)* a *ponderação perante circunstâncias concretas* (após a verificação da legitimidade dos meios e dos fins), típica de estados de urgência, necessidade ou excepcionalidade (cada vez mais recorrentes), onde se admite um *controlo judicial mais intenso* da necessidade da medida em relação directa com a restrição, em regra, mais abrangente; *ii)* as hipóteses, mais comuns, em que estamos perante um acto legislativo que visa solucionar, em abstracto, a colisão entre dois direitos ou entre direitos e interesses comunitários e onde impera um *balanceamento* entre aqueles, admitindo-se um controlo judicial *menos intenso* quanto ao teste da necessidade da medida (quando comparado com a ponderação em concreto), justificado pela inexistência de elementos de facto, mas *mais intenso* do que no terceiro caso; *iii)* em que a restrição aos direitos resulta

apenas, indirectamente, de normas que se destinam essencialmente a prosseguir certas políticas públicas.

> Por exemplo, será o caso da *restrição do direito à autodeterminação em matéria de tratamento de dados pessoais* quando está em causa: *i)* a ameaça concreta e presente de um ataque terrorista (*ponderação perante circunstâncias concretas*); *ii)* a constituição de uma base de dados sobre agentes de crimes (*restrição legislativa que obriga a um balanceamento em abstracto*); e *iii)* a instalação de um sistema de regulação inteligente do trânsito (*restrição legislativa indirecta*).

Já quando estamos perante actos legislativo de prossecução de certas políticas ou finalidades públicas que acabam por restringir ou limitar (e não apenas conformar) direitos — em especial liberdades económicas — assistimos, quase sempre, a situações de *imbricação* entre a metódica da proporcionalidade e a da protecção das *expectativas legítimas,* no contexto do que a doutrina germânica designa como *princípio fundamental da continuidade*. Algo que no plano do "novo direito internacional económico" se vem também desenvolvendo através do que os autores denominam como *harmonização jurídica*, onde se procura, através da hermenêutica e do recurso à metodologia do direito comparado, encontrar soluções para os conflitos que envolvem diversos ordenamentos jurídicos — em especial no comércio internacional e no investimento estrangeiro, as principais áreas que, conjuntamente com o ambiente e os direitos humanos, contribuíram para a fragmentação do direito internacional — segundo a aplicação do princípio da proporcionalidade (em especial do subprincípio da necessidade), conjugado com o princípio da razoabilidade.

É que neste domínio não pode aplicar-se a *metódica da proporcionalidade "qua tale",* concebida como "estrutura de análise e resolução de um conflito entre direitos ou entre direitos e valores", é necessário "temperá-la" com a *metódica da razoabilidade*, mais ajustada ao controlo do

exercício de poderes ou competências. A *proporcionalidade* é um parâmetro normativo que permite escrutinar materialmente uma medida concreta ou um acto normativo, mas quando o órgão de controlo não tem legitimidade para se substituir na decisão (porque enfrenta limites funcionais), então a sua análise, para ser legítima, tem de limitar-se a um juízo de "clareza", "evidência", "percepção racional" da violação dos parâmetros — o mesmo é dizer, há-de amparar-se num controlo de *razoabilidade*.

Nesta conformidade, resulta para nós evidente que, presentemente, a discussão quanto à metódica do princípio da proporcionalidade não pode limitar-se à tradicional abordagem *"à alemã",* que parece ter sido "adoptada" pelo Tribunal Constitucional português. A metódica deve *ajustar-se* ao caso e complementar-se com o *princípio da razoabilidade* (quando o limite funcional do poder legislativo de restrição de direitos fundamentais o imponha) ou com o *princípio da necessidade* (quando o controlo de actos normativos do Executivo requeira a exigência de um nível mais elevado de qualidade do exercício da função governativa).

Assim, falar em *metódica da proporcionalidade hoje* não pode ser uma referência *só* ao teste triplo, *nem só* ao teste de razoabilidade, *nem* à necessária combinação de ambos em simultâneo, mas sim um exercício prévio de adequação da escolha do teste ao objecto de controlo.

4. Princípio da Igualdade

O *princípio da igualdade* é hoje outro domínio onde necessariamente são sentidos os efeitos das transformações sociais — a Sociedade em Rede, globalização e novas comunidades inclusivas — e das novas colocações no âmbito do princípio da justiça.

Com efeito, importa lembrar que o conceito de *igualdade* pressupõe sempre um informador material do *tertium comparationis*, e que este não se esgota na ligação com o radical humanista da dignidade da pessoa humana que tem dominado a cultura Ocidental desde o Iluminismo, mas surge também intimamente associado à *ideia de justiça*. Aliás, como nos explica Amartya Sen, cada *teoria da igualdade* tem subjacente uma *ideia de igualdade*, que para Rawls é a "igualdade na liberdade e na distribuição dos bens primários", para Dworkin é a "igualdade de recursos", para Nagel é a "igualdade económica" e para Nozick é apenas a "igualdade nos direitos de liberdade". Como o autor destaca, esta *ideia de igualdade* tem em regra um referente espacio-cultural que pode ser determinado por diversos fundamentos, sejam metafísicos ou religiosos. Recorde-se que no Islão e nos países onde esta religião é maioritária, ainda subsiste a ideia de que a mulher não é igual ao homem e por isso não pode ser titular dos mesmos direitos[38]. Apesar desta diversidade

[38] Na Europa, na década de 80, ainda eram recorrentes os casos em que as mulheres não tinham um tratamento igual aos dos homens na legislação laboral e social — no caso *Broeks v. Netherlands*, o Comité estabelecido nos termos do art. 28.º da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos considerou que a lei holandesa, segundo a qual a mulher casada só tinha direito ao subsídio de desemprego se provasse que estava separada do marido ou que o seu salário fazia parte do rendimento familiar, violava o princípio da igualdade.

Na União Europeia, a Directiva 2006/54/CE, só admite diferenças de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, na medida em que essa diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com o sexo não constitua, em determinadas condições, uma discriminação na acepção dessa directiva, *i. e.*, seja fundamentada em causas objectivas e devidamente justificadas — veja-se o caso *Sirdar* (proc. C-273/97), em que o TJUE concluiu que "a exclusão das mulheres do serviço em unidades de combate especiais, como os *Royal Marines*, pode ser justificada (...), em razão da natureza e das condições do exercício das actividades em causa", mas no caso *Napoli* (C-595/12), já considerou ser violadora daquele

podemos dizer que a *igualdade como princípio* é um informador geral para a lei abstracta, ou seja, para a garantia de que todos são iguais na lei.

No que respeita à primeira dimensão, *i. e.* à operacionalização da igualdade formal (*igualdade de tratamento*), vale a pena lembrar com Aristóteles que a igualdade envolve sempre uma proporção, a qual pode ser *numérica,* quando trata dois indivíduos como iguais e igualmente, ou *proporcional*, quando tenta alcançar um tratamento igual entre dois indivíduos que são diferentes, buscando ajustar esse tratamento aos fundamentos e à medida daquela diferença. Todavia, como o autor também demonstra no seu texto, a *igualdade proporcional* não se baseia numa proporção geométrica (não é mensurável matematicamente) e por isso a sua realização é imprecisa, pois depende de critérios valorativos, aos quais não são alheios os juízos subjectivos.

> Por exemplo, no caso *Burden v. United Kingdom,* Proc. 13378/05, o TEDH concluiu que a não aplicação da isenção do imposto sucessório, previsto na lei para os conjugues e as pessoas que vivem em união de facto, à sucessão entre duas irmãs que tinham vivido juntas toda a vida, não podia considerar-se violação do princípio da igualdade, por estarmos perante relações jurídicas distintas — umas consanguíneas e outras constituídas por acto de vontade — isto apesar de no caso concreto a coabitação durante toda a vida também ter resultado de um acto de vontade.

Esta questão da *igualdade proporcional* pode colocar-se (e coloca-se) hoje no tratamento de diversas situações que

---

princípio a norma que "exclui uma mulher que goze de licença de maternidade de uma formação profissional que faz parte integrante do seu posto de trabalho e que é obrigatória para poder obter uma nomeação definitiva num cargo de funcionário e para beneficiar de uma melhoria das suas condições de trabalho, garantindolhe, porém, o direito de participar numa próxima formação a organizar, mas cuja data seja incerta".

afectam as liberdades pessoais, o que muitas vezes torna mais complexo do que à primeira vista poderíamos pensar a densificação em concreto *da dignidade da pessoa humana* na regulação da investigação criminal, no direito penitenciário, militar e em outros casos que tolhem as liberdades pessoais (ver *supra* o que dissemos a propósito da dignidade da pessoa humana).

Presentemente, o substrato político-ideológico da igualdade surge, como dissemos, também associado a uma *ideia de justiça*, que tanto pode pender para uma aproximação de igualdade ao *igualitarismo* (própria das concepções marxista e socialista), como à *igualdade de oportunidades* ou à *igualdade num contexto liberal* (típica dos modelos capitalistas liberais e hoje também do modelo social europeu), sendo esta segunda dimensão a que mais se aproxima dos conceitos de justiça de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. No essencial, referimo-nos à *ideia de justiça fundada no princípio de distribuição segundo o mérito*, a que alude Aristóteles na "Ética a Nicómaco".

Esta segunda acepção da *igualdade* é também a que determina um conteúdo positivo ao conceito, ou seja, fundamenta a obrigação material de actuação por parte do Estado e da Sociedade na promoção da igualdade de oportunidades, excluindo a possibilidade de que a igualdade seja apenas um dever moral. Discute-se, depois, se a actuação do Estado deve ou não ser *subsidiária* em relação à Sociedade, o que varia em função das ideologias.

A doutrina trabalha este princípio a partir da resposta a três questões: *i)* igualdade entre o quê?; *ii)* igualdade entre quem?; *iii)* porquê a igualdade?

Tentaremos sintetizar os argumentos que são apresentados na resposta a cada uma das perguntas.

É preciso determinar, como já afirmámos, o *referente material da igualdade* (a *'igualdade entre o quê?'*) para podermos

aplicar o princípio, e isso envolve, como também já dissemos, uma *ideia de igualdade,* que nos é dada por diversas correntes da filosofia. Assim, a primeira ideia assenta na *rejeição da mera igualdade* como um tratamento igual de todos e a atribuição a todos de uma mesma quantidade de bens, pois esta concepção distorce um critério de eficiência económica, não estabelece as distinções necessárias entre os indivíduos (que não são todos iguais, nem igualmente responsáveis pela sua sorte) e pode mesmo pôr em causa o pluralismo democrático e social, pois a igualdade é trabalhar o complexo e não o uniforme.

É a partir desta premissa que se desenvolvem as diversas *ideias de igualdade* (propostas para parâmetro de tratamento): *i)* os *liberais* entendem que a igualdade é apenas uma igualdade nas liberdades, não cabendo ao Estado proceder à redistribuição dos recursos, pelo que rejeitam, por exemplo, os impostos progressivos; *ii)* os *utilitaristas* trabalham com a agregação dos interesses e com o objectivo de maximizar o bem-estar, o que significa que qualquer alocação de recursos só é legítima se cada um puder beneficiar do seu quinhão; *iii)* os *sociais* acreditam que a igualdade envolve proporcionar a todos um nível de bem-estar, o que suscita dificuldade se esse bem-estar for interpretado como preferências individuais, mas também quando estamos a trabalhar com a igualdade de oportunidades, pois se a *igualdade for para assegurar as oportunidades,* o favorecimento a quem está em situação desigual (ex. deficiente) não deverá depender de uma condição de recursos, o que dificulta a gestão eficiente da escassez[39]; *iv)* os *Rawlsianos* e *Dworkinianos* trabalham a *igualdade de recursos*, que para o primeiro

[39] O problema foi recentemente discutido em Portugal a propósito das pensões de sobrevivência, quando o cônjuge sobrevivo também é beneficiário de uma pensão, no caso da ponderação da condição de recursos na atribuição de prestações sociais em dinheiro (ex. rendimento social de inserção, complemento solidário para idosos e abono de família).

se reconduz à distribuição igual de bens básicos (*'original position'*) numa sociedade em que cada um ignora a sua posição de partida (*'véu de ignorância'*) e dispõe de igualdade de oportunidades, ao passo que o segundo, por temer que alguns possam ser "escravos do talento", propõe ainda um esquema de solidariedade para aqueles que não triunfam no contexto da igualdade de oportunidades; *v)* os que se *baseiam na igualdade com responsabilidade* defendem que a desigualdade na distribuição dos recursos pode ser o resultado de uma decisão individual do sujeito e, nessa medida, o dever de solidariedade só deve funcionar quando a desigualdade é resultante de factores externos; *vi)* os que assentam na *igualdade como capacitação* (é o caso de Amartya Sen), que consiste em assegurar a todos *igualdade na capacitação* para seguir a sua função livremente, o que não envolve uma alocação fixa de recursos a cada um, mas pode suscitar problemas quando analisamos a pluralidade das necessidades.

As diversas concepções materiais que podem estar subjacentes à ideia de igualdade, constituem uma das razões pelas quais a judicialização da violação do princípio da igualdade em matéria de recursos económicos deve ser baseada em critérios objectivos, pois há um risco sério de imiscuição do poder judicial na função executiva.

Já se neutralizarmos o elemento recursos económicos torna-se mais fácil admitir unanimemente na doutrina a *igualdade de tratamento pessoal*, pois não subsistem razões para um tratamento discriminatório em função de critérios pessoais. Mais, neste caso existe um *dever constitucional de tratamento igual* no contexto das denominadas *"categorias suspeitas"*, ou seja, em função dos critérios que histórico-socialmente contribuíram para fundamentar tratamentos discriminatórios (tratamentos desiguais não fundamentados em critérios racionais ou de justiça), como sucede com os casos do artigo 13.º/2 da C.R.P., ou seja, em razão de ascendência, sexo, raça, língua,

território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

> Por exemplo, se existir um tratamento diferenciado (ou uma norma legal que trate de forma diferente) entre duas pessoas ou duas categorias jurídicas (ex. proprietários e arrendatários), são estas que têm de provar que aquela diferença de tratamento constitui uma *discriminação*, ou seja, uma *diferenciação injustificada* que, como tal, consubstancia uma violação do princípio da igualdade; já se existir um tratamento diferenciado (ou uma norma legal que o estabeleça), entre pessoas de religiões distintas, cabe ao agente da acção (ou ao legislador) demonstrar que aquela diferença de tratamento tem um fundamento válido (é baseada em critérios jurídico-normativos), razoável e não discriminatório.

> No acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2009 discutiu-se se a norma legal sobre o casamento (o artigo 1577.º do Código Civil) violava ou não o princípio da igualdade interpretada no sentido de não admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo o Tribunal Constitucional então concluído o seguinte: "saber se as normas impugnadas violam o princípio da igualdade é uma questão cuja resposta se encontra na concepção do casamento adoptada. Se se entender o casamento como uma instituição social que é apresentada aos cônjuges com um significado relativamente estável, enquanto união entre homem e mulher, designadamente assente na função que lhe cabe na reprodução da sociedade, pode fazer sentido reservar o casamento aos casais heterossexuais. Pelo contrário, apenas se se adoptasse uma concepção do casamento como relação puramente privada entre duas pessoas adultas, sem qualquer projecção na reprodução da sociedade, a exclusão dos casais homossexuais surgiria necessariamente como discriminatória. Ora, como se disse, não foi essa a opção legislativa". Nesta data, o Tribunal Constitucional considerou que não violava a Constituição a opção legislativa de regular o casamento como instituição reservada a pessoas de sexo diferente. A modificação do regime viria mais tarde, por

> opção legislativa, da qual resultou uma alteração do sentido tradicional do instituto jurídico do casamento, mas essa modificação foi uma decorrência da vontade popular e não do valor constitucional da igualdade de tratamento. E recorde-se que, submetida essa alteração legislativa ao Tribunal Constitucional, o mesmo, pelo já mencionado acórdão n.º 121/2010, considerou igualmente que a nova solução não violava a Constituição.

Para além disso, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a admitir soluções em que *existe uma obrigação de tratamento diferenciado favorecedor*, ou de *discriminação positiva*, no contexto das denominadas *acções afirmativas* (*affirmative actions*). As *affirmative actions* correspondem a formas de *justiça correctiva* de base moral e têm uma formulação jurídica também a partir do princípio da proporcionalidade, denominada "proibição por defeito", ou seja, em que o Estado é obrigado a agir, sendo a sua inércia qualificada como inconstitucional.

São medidas que em regra têm como destinatários grupos socioeconómicos ('*preferred groups*') que apresentam vulnerabilidades no contexto da igualdade de oportunidades (grupos étnicos, raciais ou religiosos, mulheres, deficientes e aborígenes) e que os autores dividem em três tipologias principais: *i)* as *affirmative actions* indirectas, que se reconduzem a medidas políticas de promoção de certos grupos, como a obrigação de admitir na Universidade uma certa percentagem de alunos de um grupo racial ou étnico (quotas) ou as vantagens fiscais em contratar deficientes; *ii)* as *medidas de divulgação*, que se traduzem em certas orientações vinculativas para critérios de recrutamento concursal, sem interferirem com o resultado da selecção (a obrigação de que a escolha seja feita entre candidatos que representem igual número em género); *iii)* e as *discriminações positivas* ou *tratamento preferencial*, que obrigam a escolher o membro do grupo desfavorecido em caso de avaliação paritária. São problemas em regra ligados a sociedades complexas (como

a Índia), com problemas históricos de integração racial (como os Estados Unidos da América ou a África do Sul). Já na Europa estes expedientes são essencialmente dominados pelas "questões de género", em particular a promoção da inserção das mulheres no mundo laboral e na vida política activa.

> Por exemplo, um país com tradição nas *affirmative actions* é os Estados Unidos da América. Inicialmente foi preciso vencer o sistema legal de segregação racial, para o qual muito contribuiu o caso *Brown v. Board of Education* (1954), que proibiu o regime de diferenciação entre escolas para alunos brancos e escolas para alunos negros no sistema de ensino norte-americano. Mas igualmente interessante foi, mais tarde, a proibição de combater a discriminação histórica com a simples instituição de um sistema de quotas (caso *Regents of the University of California v. Bakke* — 1978), ou seja, com a reserva de um número de vagas para estudantes negros, por se considerar que esta não era uma medida adequada a combater efectivamente a desigualdade. Impunha-se a adopção de projectos educativos baseados em critérios de integração racial (inclusivos) (*Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* — 2007), que pudessem, efectivamente, ajudar de forma activa os estudantes negros a integrarem-se em condições de igualdade no sistema de ensino.

A segunda questão que formulámos antes — *igualdade entre quem* — coloca novos e mais complexos desafios ao princípio da igualdade do que o problema tradicional das denominadas "categorias suspeitas", porque quando queremos definir o *universo dos iguais* encontramos dificuldades decorrentes do alargamento dos universos de subjectividade (os direitos sem sujeitos a que já fizemos referência) e de cidadania: *i)* a igualdade inclui as gerações futuras, não apenas no domínio das liberdades (o *problema do aborto*), mas também do domínio da distribuição de recursos (impõe-se hoje uma ponderação de *igualdade proporcional sustentável* em áreas como a saúde e a segurança social); *ii)* a igualdade vale em comunidades

complexas e multiculturais em razão do alargamento dos *círculos de cidadania,* o que por um lado gera problemas no contexto dos direitos de liberdade (*v.* as decisões respeitantes às comunidades árabes em França), e, por outro, dificulta cada vez mais a criação de sistemas sustentáveis nos serviços públicos tradicionais.

Por último, a igualdade (independentemente do pressuposto informador de base) é indispensável para garantir a justiça no contexto de uma organização socioeconómica concreta, pois seja qual for a *ideia de igualdade* subjacente à operacionalização do princípio, uma dimensão jurídica resulta desde logo evidente: "proibir o arbítrio, através de critérios qualitativos da igualdade, razoáveis e suficientes". Esta é a resposta à questão *porquê a igualdade, i. e.* porque é que devemos continuar a trabalhar normativamente a igualdade, mesmo quando não conseguimos extrair do princípio um conteúdo dogmático objectivo e unívoco.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional não encontramos, também, subsídios dogmaticamente mais densos sobre a metódica deste princípio.

> Por exemplo, no acórdão n.º 463/2016, pode ler-se que *"o âmbito de protecção do princípio da igualdade abrange, na ordem constitucional portuguesa, as seguintes dimensões: proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias; obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural.*
>
> (…) Este Tribunal já por diversas vezes se pronunciou sobre o princípio da igualdade, particularmente na

dimensão da proibição do arbítrio, firmando uma jurisprudência reiterada no sentido de que o princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente, não impedindo a diferenciação de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja, as distinções de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas, sem fundamento material bastante, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.º (Veja-se, neste sentido, entre muitos outros, os Acórdãos n.ºs 39/88, 157/88, 86/90, 187/90, 1186/96, 353/98, 409/99, 245/00, 319/00, 187/01 e 232/03).

Conforme tem entendido reiteradamente o Tribunal Constitucional, o legislador não está impedido de, no exercício da sua liberdade de conformação legislativa constitucionalmente permitida, estabelecer regimes normativos diferenciados, estando-lhe vedado apenas que as medidas legislativas contendo diferenciações de tratamento se apresentem como arbitrárias, por carecerem de fundamento material bastante".

Leituras complementares aconselhadas:

- J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª edição, Almedina Coimbra, 2003
- Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra Editora, 2004
- Maria Lúcia Amaral, *A forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2005
- J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I (Artigos 1.º a 107.º), Coimbra Editora, 2014
- J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II (Artigos 108.º a 296.º), Coimbra Editora, 2014

Leituras para aprofundar os conhecimentos:

- Jorge Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana,* Vol. I, Almedina, Coimbra, 2015
- Jorge Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana,* Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016
- Aharon Barak, *Human Dignity. The constitutional value and the constitutional right,* Cambridge University Press, 2015
- Alberto Oehling de los Reyes, *La Dignidad de la Persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales,* Dykinson, Madrid, 2010
- Tom Bingham, *The Rule of Law,* Penguin Books, 2010
- Matthias Klatt/Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012
- Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Carlos Bernal Pulido), 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, Madrid, 2007
- Sara Pennicino, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato,* Maggioli Editore, SanMarino, 2012
- Susanne Baer, «Equality» *in* Rosenfeld / Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law,* Oxford University Press, 2012, pp. 1020-1035
- Stefan Gosepath, «Equality» *in Stanford Encyclopedia of Philosophy,* 2011 (recurso on-line)
- Suzana Tavares da Silva, «O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* n.º 88, 2012, pp. 639-678

IV. A ORGANIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO PORTUGUÊS

Nesta derradeira parte do curso de Direito Constitucional I cuidaremos do estudo da *forma do Estado,* ou seja, do modo de organização do poder soberano, da *forma de governo,* ou seja, da caracterização do sistema político e ainda do estudo dos princípios formais e materiais que consubstanciam a parte jurídica — aquela que nos importa — da organização político-constitucional, diferenciando assim o estudo do direito constitucional organizatório da ciência política.

O estudo destas temáticas seguirá — como temos feito até aqui — uma sistematização simples e de conteúdos essenciais, ajustada a um primeiro ciclo de estudos em direito.

1. Princípio do Estado unitário com regiões autónomas

A Constituição é, na sua essência — como tivemos oportunidade de verificar na parte I destas lições —, um estatuto jurídico do poder político e, nessa medida, deve começar por definir a *forma de Estado*.

O Estado é, para este efeito, ainda, o conceito moderno de Estado — influenciado pelos ensinamentos de Jean Bodin, na sua obra *Les six livres de la République*, de 1576 — *i. e.,* o modo de organização da soberania, entendida como um *poder absoluto, ilimitado, perpétuo* e dotado de uma *relação de imediaticidade* para com os subordinados a esse poder. Esta *relação de soberania* estabelece-se entre o Estado (o titular

do poder soberano) e aqueles que com ele assumem um vínculo especial de cidadania (o povo), numa determinada circunscrição geográfica (o território estadual).

Ora, a *forma de Estado* é o modo como o poder soberano se relaciona com poderes de natureza idêntica, que não se deve confundir com a *forma de governo* ou o *regime político*, o qual designa o modo como a comunidade política estadual organiza a relação entre quem governa e quem é governado.

A *forma de Estado* pode reconduzir-se, *grosso modo*, a um de quatro tipos clássicos: *forma unitária* (não existe uma divisão do poder soberano dentro da unidade estadual, embora possam existir diferentes "arranjos" quanto à distribuição de poderes no plano vertical entre Estado, Regiões e Municípios); *forma federal* (corresponde a uma *associação* entre Estados soberanos federados, que dá origem a um novo Estado, o Estado soberano Federal); *forma de união de Estados* (em que não há verdadeiramente a constituição de um novo Estado com órgãos próprios, mas apenas uma fusão de órgãos estaduais[40]) e a *forma confederal*, que é mais dúctil e que verdadeiramente não é uma *forma de estado*, mas sim uma tipologia do direito internacional para designar as formas de integração política e económica entre Estados, onde alguns autores pretendem integrar também a União Europeia.

Importa dizer, desde logo, que a União Europeia não é uma verdadeira *forma de Estado*, mas antes uma *solução*

[40] O caso do Reino Unido é um exemplo de *união de Estados*, que resultou, primeiro, dos *Acts of Union*, assinados pelo Parlamento de Inglaterra em 1706 e pelo Parlamento da Escócia, em 1707, os quais deram origem à Grã-Bretanha, a que se seguiu, em 1800 o *Act of Union* com a Irlanda, de onde resultou o Reino Unido; do qual, entretanto, se separaria a República da Irlanda do Norte em 1922; por efeitos destes *Acts* os parlamentos inglês e escocês fundiram-se num só, o mesmo sucedendo posteriormente com o parlamento irlandês, que daria origem ao parlamento do Reino Unido.

híbrida e *singular*, que não se limita a uma mera forma de integração económica, mas que, no plano político, tem também muitas formulações originais que não permitem falar verdadeiramente de uma intencionalidade confederadora. Com efeito, as Instituições Europeias que representam o poder político europeu estão limitadas pelos poderes que os Estados-membros lhes transmitem por via dos Tratados, e estes reservam-se o direito de fazer sobrepor à ordem normativa europeia os princípios constitucionais fundamentais que regem os seus ordenamentos internos, ou seja, a primazia do respectivo direito constitucional.

> Por exemplo, na decisão de 2009 (*BVerfGE 2 BvE 2/08 et alii* — também denominada como acórdão do Tratado de Lisboa) assistimos à reivindicação de uma maior intervenção por parte do Tribunal Constitucional Alemão no controlo de medidas adoptadas pelas Instituições Europeias. Na decisão afirma-se que o Tribunal pode fiscalizar a conformidade constitucional do direito europeu derivado com a Constituição alemã sempre que se verifique uma *violação patente* dos *limites de competências* ou do *princípio da identidade constitucional* — princípio que aquele tribunal define como um conjunto de matérias caracterizadoras da soberania nacional e, por essa razão, intransmissíveis: *"Areas that shape the citizens' circumstances of life, in particular the private space of their own responsibility and of political and social security, which is protected by the fundamental rights, and to political decisions that particularly depend on previous understanding as regards culture, history and language and which unfold in discourses in the space of a political public that is organised by party politics and Parliament"*.

Para além disso, nenhuma das *formas de Estado* acabadas de referir tem contornos jurídicos bem definidos e nenhum regime concreto se pode considerar perfeito e acabado, pois existem sempre nuances, divergências interpretativas e até novas propostas de recomposição do poder ou dos poderes.

> Por exemplo, a história do Reino Unido é um bom exemplo destas dinâmicas, pois após a unificação dos parlamentos de Inglaterra e Escócia pelo já mencionado *Act of Union* de 1707, a Escócia decidiu realizar um referendo, em 1997, pelo qual decidiu voltar a instituir um parlamento próprio — sem prejuízo da continuidade dos poderes que vinham sendo exercidos pelo Parlamento único de *Westminster* —, o que sucedeu na sequência de uma decisão do parlamento do Reino Unido (o *Scotland Act* 1998), e, já em 2014, decidiu referendar a sua independência em relação ao Reino Unido, tendo ganho a solução da permanência; solução que está novamente ameaçada na sequência do *Brexit*.
>
> Os *Estados federais*, por exemplo, podem resultar de um *processo de agregação de Estados*, como sucedeu na já mencionada Convenção Constitucional de Filadélfia de 1787, que deu origem aos Estados Unidos da América, e onde a discussão entre os poderes que deveriam ser atribuídos à federação (mais intensos no modelo defendido pelos *federalistas* ou mais limitados no modelo defendido pelos *anti-federalistas*) perdura até hoje, sendo esse um dos tópicos essenciais na interpretação das normas da Constituição.

Mas o *Estado federal* pode também ser o produto de um *processo de desagregação de um Estado Unitário*, como aconteceu no Brasil, em 1889, com a proclamação da República Federativa do Brasil.

E não só a origem histórica, como a dinâmica política subsequente à formação de um Estado Federal acabam por ser determinantes no *modo dualista* como estas realidades são analisadas, *i. e.,* como uma soma de soberanias (sendo a federação uma organização participada) ou como uma união dos poderes estaduais (sendo a federação o ente soberano).

A mesma fluidez existe no domínio dos Estados unitários.

Em primeiro lugar, cumpre sublinhar que também existem *variações dentro da forma de Estado unitário*, como seja o *Estado regionalizado*, que é integrado por regiões politicamente autónomas, as quais podem ter poderes homólogos entre si ou não (é o caso da Itália e da Espanha), o *Estado meramente descentralizado* (onde apenas existem entidades com autonomia administrativa e financeira, mas não política, é o caso da França) e o *Estado parcialmente regionalizado*, ou seja, um Estado que sendo tendencialmente unitário em termos políticos tem algumas regiões com um estatuto político autónomo. É nesta última categoria que podemos integrar a *forma do Estado português*: um Estado unitário com duas regiões autónomas (artigo 6.º da C.R.P.).

Com efeito, o Estado português é, segundo o artigo 6.º/1 da C.R.P., um *"unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública"*. Veremos, de forma um pouco mais desenvolvida, cada uma destas dimensões.

Em primeiro lugar, devemos ter bem presente a diferença entre a *descentralização política*, que está associada aos Estados regionalizados e a *descentralização administrativa e financeira*, que não contende com a unidade política, e na qual apenas se reconhece o poder de auto-administração de certas entidades de base territorial (sejam autarquias locais ou regiões administrativas), tendo em vista a *mais correcta gestão do interesse público* — em muitos casos estes fenómenos visam integrar na Constituição uma situação de facto pré-constitucional, como é a *autonomia do poder local*.

Em qualquer destes modelos de organização — política ou apenas administrativa — o princípio fundamental subjacente à escolha e construção normativa destes

modelos é o mesmo: o *princípio da subsidiariedade*. Este princípio diz-nos que as tarefas de prossecução do interesse público (que podem incluir a decisão política ou apenas o nível de execução) devem ser realizadas no plano (nível) mais próximo dos respectivos destinatários, sem prejuízo de se assegurar a eficiência, a eficácia e a necessária unidade na acção política.

Assim, apesar de Portugal não ser um Estado regionalizado[41], ou seja, de não estar organizado, no plano da repartição vertical dos poderes, em *regiões politico-administrativas*, sendo antes um *Estado unitário, i. e.*, com uma centralização do poder político nos órgãos de soberania nacionais, o Estado português *respeita o regime autonómico insular*. Como esclarece o n.º 2 do referido artigo 6.º da C.R.P. *"os arquipélagos dos Açores e da Madeira constituem regiões autónomas dotadas de estatutos político administrativos e de órgãos de governo próprios"* e são, por isso, duas regiões político-administrativas com uma intensa autonomia.

Os artigos 225.º a 234.º da C.R.P. disciplinam o regime jurídico-constitucional das *Regiões Autónomas*. Em primeiro lugar, importa sublinhar que a *autonomia regional* se fundamenta, segundo a Constituição, nas características geográficas, económicas, sociais e culturais destas regiões geográficas e nas históricas aspirações autonomistas das populações insulares, porém, a *autonomia político-administrativa regional* não afecta a *integridade da soberania do Estado* (o mesmo é dizer que a autonomia regional não põe em causa o *princípio da unidade do Estado* e/ou a *forma de Estado Unitário*) e exerce-se no quadro da Constituição.

[41] Recorde-se que o *"projecto de regionalização do país"*, que tantas vezes se discute e que tem consagração constitucional desde 1976 — actualmente nos artigos 255.º a 262.º - visa apenas a *descentralização administrativa* através da criação de *regiões administrativas* e não uma regionalização político-administrativa.

Este último ponto — o exercício da autonomia regional nos termos da Constituição — significa que aquela autonomia se exerce não só nos termos da Constituição escrita, mas também dos princípios fundamentais, assim como da interpretação que os órgãos competentes (*maxime*, o Tribunal Constitucional) fazem destas regras e princípios nela consignados. Esta última nota é especialmente relevante e mostra que a Constituição, enquanto estatuto jurídico do político, carece também de interpretação e que essa interpretação densifica normativamente o âmbito da autonomia política regional. Se a autonomia política regional — o *poder de autogoverno* reconhecido às comunidades dessa parte do território — é fundamentada em razões como a insularidade e as especificidades económicas, sociais e culturais, e não pode pôr em causa a *unidade do Estado*, então isso significa que nem em todas as matérias se justifica a possibilidade de as Regiões Autónomas estabelecerem um regime normativo para o respectivo território diferente daquele que vigora no território do continente[42]. Para além disso, existem matérias em que Estado e Regiões Autónomas exercem poderes concorrentes e/ou conjuntos.

> Por exemplo, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 136/2016, discutiu-se, entre outras coisas, a conformidade constitucional de alguns artigos do Decreto-Lei n.º 38/2015, que desenvolve as Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional (Lei n.º 17/2014, de 10 de Abril), mais concretamente, as normas que contendiam com o regime de ordenamento e gestão das áreas adjacentes do território das Regiões, tendo o

[42] Até à revisão constitucional de 2004, a autonomia legislativa regional estava limitada às "matérias de interesse específico das Regiões Autónomas" enunciadas no artigo 228.º da C.R.P. Mas por ocasião daquela revisão constitucional — essencialmente centrada no tema das autonomias regionais — aquele limite material, baseado numa enumeração tipificada acabou por ser revogado, ampliando-se, assim, o respectivo poder legislativo, que hoje se estende às matérias consagradas nos respectivos estatutos que não sejam reservadas aos órgãos de soberania.

> Tribunal afirmado que *"o domínio público estadual compreende todo o mar territorial e toda a plataforma continental, incluindo assim as áreas adjacentes das Regiões Autónomas. Os espaços marinhos territoriais, ainda que integrados no território regional (artigo 2.º, n.º 2 do EPARAA), pertencem ao domínio público estadual, porque conaturais à caracterização do território do Estado Português, enquanto lugar de exercício da soberania estadual, mas também pelo significado que revestem para a própria identidade e soberania nacional e pelas funções que podem desempenhar, designadamente as de defesa e segurança nacional.*
>
> *Este tem sido o entendimento da jurisprudência deste Tribunal, que reiteradamente considera o mar circundante das regiões autónomas um bem dominial integrado necessariamente no domínio público marítimo estadual, atenta a incindível conexão com a identidade e a soberania nacionais (Acórdãos n.ºs 280/90, 330/99, 131/2003, 654/2009, 402/2008 e 315/2014).*
>
> *De igual modo defende a doutrina, que exclui do domínio público regional as águas territoriais e os fundos marinhos contíguos da plataforma continental integrados no território regional pelo facto de serem «inerentes ao próprio conceito de soberania»".*

Para além disso, e como já vimos na parte I destas lições, a própria delimitação do âmbito da autonomia do poder regional tem também sofrido modificações ao longo das revisões constitucionais.

Assim, paradigmático é o artigo 227.º da C.R.P., onde se identificam os *poderes das regiões autónomas* e se determina que a respectiva definição constará dos *Estatutos Político Administrativos*. Estes, por seu turno, constituem um tipo especial de *actos legislativos* do parlamento nacional (que estudaremos no Direito Constitucional II), com uma força normativa singular no contexto do sistema jurídico português, onde se determinam e densificam os poderes as regiões autónomas. E é precisamente a partir destes actos legislativos — as *leis estatutárias* ou, mais concretamente, o *Estatuto Político-Administrativo da*

Região Autónoma dos Açores[43] e o *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira*[44] — interpretados em articulação com o mencionado artigo 227.º e com o 228.º da C.R.P., que se recorta o âmbito da *autonomia legislativa regional*.

A regra geral é a de que a *autonomia legislativa* das regiões autónomas incide sobre as matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo que não estejam reservadas aos órgãos de soberania.

> Por exemplo, no acórdão n.º 793/13, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade de uma norma de um decreto legislativo da assembleia legislativa regional dos Açores que pretendia disciplinar o horário de trabalho dos trabalhadores da Administração Pública Regional, por se tratar de uma matéria que violava a reserva de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º/*b)* e *t)* da C.R.P.).

Uma última nota sobre a *autonomia regional* para referir os órgãos de governo próprio das regiões autónomas (artigo 231.º da C.R.P), categoria na qual se inclui: *i)* a *Assembleia Legislativa Regional* — o órgão da Região Autónoma que exerce o poder legislativo regional —, eleita por sufrágio universal, directo e secreto, a qual pode ser dissolvida pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho de Estado e os partidos nela representados (artigo 234.º/1); e *ii)* o *Governo Regional*, a quem cabe a condução das políticas regionais, cujo presidente é nomeado pelo Representante da República, tendo e conta os resultados

[43] O Estatuto político-administrativo da Região Autónoma dos Açores (EPARAA) foi aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto, e actualizado pela Lei n.º 9/87, de 26 de Março, Lei n.º 61/98, de 27 de Agosto e Lei n.º 2/2009, de 12 de Janeiro.

[44] O Estatuto político-administrativo da Região Autónoma da Madeira (EPARAM) foi aprovado pela Lei n.º 13/91, de 5 de Junho, e actualizado pela Lei n.º 130/99, de 21 de Agosto, e Lei n.º 12/2000, de 21 de Junho.

eleitorais, sendo este órgão politicamente responsável perante a Assembleia Legislativa Regional.

O *Representante da República* é o órgão que, como o próprio nome indica, representa o Estado português em cada uma das Regiões Autónomas, sendo nomeado e exonerado pelo Presidente da República ouvido o Governo (artigo 230.º da C.R.P.). A este compete, entre outras coisas, nomear o presidente do Governo Regional tendo em conta os resultados eleitorais (artigo 213.º/3 da C.R.P.), nomear e exonerar os restantes membros do Governo Regional, sob proposta do respectivo Presidente (artigo 231.º/4 da C.R.P.), bem como assinar e mandar pública os decretos legislativos regionais e os decretos regulamentares regionais, pedir a fiscalização da respectiva constitucionalidade ou exercer o direito de veto (artigo 233.º da C.R.P.).

É importante ter bem presente a *distinção* entre a *descentralização política* das regiões autónomas — que acabámos de analisar — a *descentralização administrativa* que caracteriza as entidades do *poder local* — a qual procura soluções que aproximem o mais possível os serviços e o nível de decisão administrativa das populações, reconhecendo-lhe autonomia nessas decisões (soluções de *auto-administração*), sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração (artigo 267.º da C.R.P.) — e a mera aproximação dos serviços das populações através da *desconcentração dos* serviços Administração Estadual Directa, que se traduzia antes na criação de serviços regionais e locais (de finanças, de saúde, de segurança social, etc.) e que actualmente tem sofrido uma adaptação no contexto da Administração Electrónica, procurando que estes serviços estejam disponíveis de forma virtual.

O *poder local* tem consagração expressa no Título VIII da Constituição da República Portuguesa, onde se estipula,

entre outras coisas, que: *i)* a organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais, ou seja, de *pessoas colectivas territoriais* dotadas de órgãos representativos, as quais visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas; *ii)* esta matéria é legalmente conformada de harmonia com o *princípio da descentralização administrativa* (a transferência, por via legislativa, com carácter definitivo e universal, no respeito pela *intangibilidade das atribuições,* de competências de órgãos do Estado para órgãos das autarquias locais) e *iii)* estas entidades dispõem de património e finanças próprios.

Todavia, a autonomia do poder local, embora constitucionalmente reconhecida[45] e dotada de um núcleo essencial, que é inviolável, não se encontra definida na Constituição, cabendo ao poder legislativo estadual a *modulação em concreto* das *atribuições* (*i. e.,* o conjunto de finalidades públicas que a lei reconhece a determinada pessoa colectiva pública) e *competências* (*i. e.* conjunto dos poderes funcionais legalmente atribuídos a um órgão, para a realização das atribuições da pessoa colectiva em que se encontra inserido) das autarquias locais e respectivos órgãos.

Um regime jurídico que actualmente consta da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, a qual veio consagrar em um único diploma o regime jurídico das autarquias, o estatuto das entidades intermunicipais, o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e o regime jurídico da delegação de competências do Estado nas autarquias locais e nas entidades intermunicipais, assim como dos municípios nas entidades intermunicipais e nas freguesias, e ainda o regime jurídico do associativismo municipal — diploma que visa promover a *auto-administração de bens e recursos inerentes ao âmbito dos interesses locais* enquanto expressão da autonomia ou

[45] A autonomia das autarquias locais é também um limite material ao próprio poder de revisão constitucional (artigo 288.º/*n)* da CRP).

poder de auto-regulação das entidades localizadas neste nível de organização administrativo, em conformidade com o *princípio da subsidiariedade*.

> Por exemplo, da interpretação que a jurisprudência do Tribunal Constitucional vem fazendo sobre a *autonomia do poder local*, podemos destacar: *i)* o reconhecimento de que a autonomia do poder local «tem um sentido de garantia institucional, assegurando a existência de administração local autárquica autónoma» (Acórdão n.º 296/2013, n.º 12); *ii)* a afirmação de que as *"autarquias locais são mais que «mera administração autónoma do Estado», uma vez que «concorrem, pela própria existência, para a organização democrática do Estado»* (Acórdão n.º 432/93, n.º 1.2.; Acórdão n.º 296/2013, n.º 13, e Acórdão n.º 109/2015, n.º 10); *iii)* a interpretação de que «o princípio da autonomia local pressupõe e exige, entre outros, o direito e a capacidade de as autarquias regulamentarem e gerirem, nos termos da lei, sob a sua responsabilidade e no interesse das respectivas populações, uma parte importante dos assuntos públicos» (Acórdão n.º 296/2013, n.º 14); *iv)* no plano da articulação funcional, o TC reconhece que «como as autarquias locais integram a administração autónoma, existe entre elas e o Estado uma pura relação de *supraordenação-infraordenação, dirigida à coordenação de interesses distintos (os interesses nacionais, por um lado, e os interesses locais, por outro), e não uma relação de supremacia-subordinação que fosse dirigida à realização de um único e mesmo interesse - o interesse nacional, que, assim, se sobrepusesse aos interesses locais»* (Acórdão n.º 379/96, n.º 5.3. e Acórdão 494/2015, n.º 10); *v)* no plano da liberdade de conformação legislativa do poder local, o Tribunal Constitucional considera que «o legislador não pode pôr em causa o núcleo essencial da autonomia local; tem antes que orientar-se pelo princípio da descentralização administrativa e reconhecer às autarquias locais um conjunto de atribuições próprias (e aos seus órgãos um conjunto de competências) que lhes permitam satisfazer os interesses próprios (privativos) das respectivas comunidades locais» (Acórdão n.º 379/96, n.º 5.2.; Acórdão n.º 329/99, n.º 5.4. e Acórdão 494/2015, n.º 10).

Em suma, no que contende com a *forma do Estado português* registámos que se trata de um Estado unitário e não regionalizado — não obstante a existência de Regiões Autónomas com poderes político-legislativos, que são exercidos no quadro constitucional — que se subordina aos princípios da subsidiariedade e da descentralização administrativa.

2. Princípio democrático

A espinha dorsal de toda a organização político-constitucional e das respectivas dimensões funcionais é, sem dúvida, o *princípio democrático*, do qual deriva toda a *legitimidade* do poder político.

O *princípio democrático* é, uma vez mais, a expressão normativa do que no domínio da ciência política se pode designar como regime democrático e respectivas instituições, com particular destaque para os partidos políticos. Para um cultor da ciência política o que interessa é o estudo do equilíbrio de forças ou poderes entre maiorias e minorias num "governo do povo"[46] (ou, em outras palavras, num sistema em que a titularidade do poder pertence ao povo) e as situações patológicas que aí se tendem a desenvolver (ex. corrupção), já para um filósofo político a tónica situa-se no estudo das instituições do poder e no modo como se devem estruturar as intuições representativas do poder para impedir a respectiva concentração e os tendenciais abusos; e para um jurista estas questões envolvem outras dimensões de análise, que se centram, em especial, no modo como cada cidadão pode exercer o seu *direito à autodeterminação política* (*i. e.,* pode expressar as suas ideias e dar o seu contributo para a formação do interesse público e da vontade geral) no quadro institucional de um concreto sistema político-constitucional.

[46] Recorde-se que a *democracia* é um vocábulo de origem grega (*dēmokratía*), que significa poder (*kratía*) do povo (*dēmo*).

É esta última dimensão que será objecto da nossa análise e que se desdobra em dois subtópicos: *i)* os conceitos e os instrumentos de *democracia representativa*, *democracia deliberativa* e *democracia directa*, incluindo o exercício do direito à autodeterminação política nas instituições instrumentais ao funcionamento das instituições políticas constitucionais (previstas na Constituição), com especial destaque para os *partidos políticos*; e *ii)* as situações de legítima suspensão do funcionamento das regras da democracia.

2.1. Democracia directa, democracia representativa e democracia deliberativa

A *democracia* — já o dissemos — não é um conceito jurídico e sim originário da filosofia política e da história das ideias, baseado num modelo de "governo do povo, pelo povo e para o povo", na formulação tradicional de Abraham Lincoln, que apesar dos seus inúmeros defeitos se tem revelado até hoje como a melhor forma de definição e administração do interesse e do poder público em comparação com os seus modelos históricos concorrentes, como a ditadura, a monarquia absolutista (ou não constitucional) e os regimes oligárquicos.

Mas a democracia é também um conceito *polissémico* que se pode positivar em modelos *polimórficos*, pois esse governo do povo pode ser exercido directamente mediante assembleias em que todos participam (*democracia directa*), indirectamente em assembleias de representantes dos governados (*democracia representativa*) ou através de instrumentos de decisão em que todos são chamados a participar (*democracia deliberativa*). Vejamos cada um destes modelos e o modo como neles pode ser assegurado ao cidadão o exercício do seu direito de autodeterminação política.

Uma realidade que tem acolhimento normativo no artigo 48.º da C.R.P., quando aí se afirma que "todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos", assim como o "o direito de ser esclarecidos objectivamente sobre actos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos".

2.1.1. Democracia directa

A ideia clássica (grega) de democracia (na *polis*) assentava na *democracia directa*, ou seja, na participação de todos em assembleias que tinham poder deliberativo, mas desde há muito que esta forma de democracia — *democracia directa* — não era compaginável com o Estado moderno, não só por pressupor cidadãos politicamente ultra-activos (empenhados em inteirar-se, participar e responsabilizar-se pelas decisões sobre o *interesse público*), como ainda pela elevada complexidade que muitas deliberações encerram e em que o simples juízo do homem médio não é suficiente para alcançar a "boa decisão". Com efeito, a *democracia directa* — não obstante as inúmeras acções que recorrentemente surgem em defesa desta forma de deliberação, sobretudo em momento económicos mais complicados e que estão na base de movimentos de contestação como o *"Movimiento de los Indignados"* em Espanha e o *"Occupy Wall Street"* durante a última crise financeira de 2011 — apenas é compaginável com uma *"democracia de pequena escala"*. E mesmo nesses casos enfrenta as dificuldades de *mobilização* dos cidadãos, pois quando a decisão é colectiva e tomada em assembleias plenárias e nem todos participam desse colectivo, os riscos associados à qualidade da decisão (arbitrariedade, falta de fundamentação e irrazoabilidade) e ao activismo

(decisão tomada por minorias que não atentam na defesa do interesse público, mas antes na defesa de interesses colectivos que representam) são maiores, com um desvalor para a própria génese da democracia, que pressupõe a participação de todos.

Alguns autores defendem que se aliarmos as novas tecnologias (meios informáticos e redes sociais) à democracia — uma das dimensões da *democracia electrónica* — poderemos superar uma parte das deficiências que os pensadores modernos apontaram às formas de democracia directa e recuperá-la como ideia matriz da democracia, no que designam como *democracia inclusiva*. Mas todas estas propostas, que diariamente se materializam em petições legislativas na Internet (no domínio da iniciativa legislativa popular — artigo 167.º/1 da C.R.P. e Lei n.º 17/2003, de 4 de Junho[47]) ou na extensão dos direitos de comunicação política a todos (alargamento do direito de antena igual para todos — artigo 40.º da C.R.P.), em parte acalentadas pelos *deficits da democracia representativa* — que veremos em seguida —, não consubstanciam, na verdade, um aumento da expressão democrática. Pelo contrário, boa parte desses expedientes acabam por revelar que o âmbito do processo de *decisão política* (de definição do interesse público no contexto da ponderação de todos os interesses em presença) é, nestes casos, ultrapassado ou excedido e que "trasvestimos" o processo de decisão democrática — onde o momento do debate não pode ser negligenciado — em decisões de grupos de interesse, baseadas em interesses colectivos económicos, sociais ou ecológicos.

[47] De acordo com a Lei n.º 17/2003, na redacção actualizada pela Lei n.º 26/2012, de 24 de Julho e pela Lei Orgânica n.º 1/2016, de 26 de Agosto, a apresentação à Assembleia da República de projectos de lei requer a respectiva subscrição por um mínimo de 20.000 cidadãos eleitores e as mesmas não podem violar a Constituição ou os princípios nela consignados nem envolver aumento de despesa ou redução de receitas que afectem o ano económico em curso.

Isto significa que, contrariamente ao que parece óbvio, a *democracia directa* não é a forma mais adequada de promover a *autodeterminação política do cidadão*, pois exige deste um esforço excessivo na participação nos procedimentos de decisão. Diremos até que nesta formulação a participação do indivíduo no sistema democrático não corresponde sequer a um poder-dever (um direito), antes se transmutando num ónus, na medida em que a sua não participação activa e expressão da vontade pode traduzir-se em consequências negativas para a sua esfera jurídica, sempre que nesses processos triunfem os interesses colectivos e de grupos mais activistas. Assim, estes instrumentos representam um encargo excessivo para o individuo, que compreensivelmente pode não estar disponível para participar — e, sobretudo, para observar os ditames de uma participação responsável (obtenção de informação, reflexão e ponderação do interesse geral) — nas situações em que não for movido por um interesse individual ou colectivo (não for activista). Para além disso, nestes casos não existe sequer a opção de delegar a representação em eleitos, o que significa que a não participação activa é também um risco para a determinação do interesse geral quando a mobilização social não é muito significativa.

Apesar de tudo, não devemos negligenciar o facto de, à sua escala — necessariamente pequena em universo subjectivo e em espaço territorial — alguns novos instrumentos de democracia participativa trazerem contributos positivos, como é o caso das várias iniciativas em matéria de orçamento participativo municipal.

E as observações que antes fizemos aos *riscos da democracia directa* não significam também que não exista uma dimensão positiva no alargamento dos instrumentos universais e de participação directa no domínio do *controlo democrático*, ou seja, na contra-face do processo deliberativo. Referimo-nos ao direito de acção popular para

defesa de interesses difusos (artigo 57.º da C.R.P., lei que regula o direito de participação procedimental e de acção popular[48] e artigo 9.º do Código do Processo dos Tribunal Administrativos[49]) e a outros mecanismos de *controlo* dos actores democráticos, onde os meios de comunicação social assumem um papel preponderante — por isso a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão são dois direitos fundantes do regime democrático e dois esteios essenciais de um regime democrático.

2.1.2. Democracia representativa

A *democracia representativa* é a forma mais comum de organização dos regimes democráticos, em regra assentes em parlamentos, podendo depois esses órgãos — pode ser um regime unicameral ou bicameral — assumir funções mais ou menos determinantes no âmbito da definição do interesse público e da respectiva gestão (como veremos aquando o estudo da forma de governo ou do sistema político). Trata-se, como todos os autores, com mais ou menos críticas ao modelo, assumem, da única forma de democracia praticável e eficiente numa sociedade de massas assente nos valores da liberdade de pensamento, convicção e expressão.

---

[48] Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

[49] Artigo 9.º do CPTA: "Independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, assim como para promover a execução das correspondentes decisões jurisdicionais".

Neste modelo democrático, a decisão e o processo de decisão sobre a política (a determinação do interesse público e o modo de o prosseguir) são *transferidos* dos titulares do poder (poder soberano) para os seus representantes, o que pressupõe, no que aqui nos interessa, o estudo da forma de escolha desses representantes e do modo de controlo da actividade desenvolvida pelos mesmos.

Comecemos pela *forma de escolha dos representantes* do poder soberano ou para os órgãos de soberania — os *eleitos*. Essa escolha é efectuada através do *processo eleitoral*, o qual obedece a alguns princípios essenciais consagrados na constituição.

Desde logo, o *direito de sufrágio* (artigo 49.º da C.R.P.), ou seja, o *direito de eleger e ser eleito* — a dimensão essencial da *igualdade no voto*. Estes direitos não significam, como é óbvio, que não existam limitações ao seu exercício, impostas pelo legislador.

No caso da *capacidade eleitoral activa* (direito de eleger), para além da exigência de maioridade, constante do próprio texto constitucional, existem ainda outras situações de incapacidade de exercício do direito previstas pelo legislador — nas diversas leis eleitorais[50] — no âmbito da

---

[50] Referimo-nos à Lei Eleitoral para a Assembleia da República (Lei n.º 14/79, de 16 Maio, na sua redacção actualizada), à Lei Eleitoral do Presidente da República (Decreto-Lei nº 319-A/76, de 3 de Maio).

Para além das mencionadas leis eleitorais para os órgãos de soberania, existem ainda, no sistema normativo português, outras leis eleitorais para órgãos de representação política, como é o caso da Lei Eleitoral do Parlamento Europeu (Lei nº 14/87, de 29 de Abril), da Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira (Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13 de Fevereiro), da Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores (Decreto-Lei n.º 267/80, de 8 de Agosto, na sua redacção actualizada) e da Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais (Lei Orgânica nº1/2001, de 14 de Agosto).

autorização constitucional expressa para "ressalvar as incapacidades"[51].

> Por exemplo, em alguns regimes jurídico-constitucionais discute-se o *direito de voto dos presos* e enquanto que em Portugal, desde que não tenham sido privados judicialmente de direitos políticos, os presos podem votar (através do exercício do direito o voto antecipado), no Brasil qualquer preso, enquanto durarem os efeitos da condenação criminal transitada em julgado, tem suspensos os seus direitos políticos (artigo 15/III da Constituição Federal).

Já nas situações de *capacidade eleitoral passiva* (direito a ser eleito) a constituição prevê, para além de limitações expressas (ex. só são elegíveis para Presidente da República os cidadãos eleitores, portugueses de origem, maiores de 35 anos — artigo 122.º da C.R.P.) igualmente uma autorização expressa para a limitação legal deste direito por parte do legislador, com fundamento em *inelegibilidades* que sejam necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos (no caso dos deputados à Assembleia da República são elegíveis os cidadãos portugueses eleitores, salvas as restrições que a lei eleitoral estabelecer por virtude de incompatibilidades locais ou de exercício de certos cargos — artigo 150.º da C.R.P.[52]).

[51] O legislador considera *incapacidades eleitorais activas*, os interditos por sentença com trânsito em julgado, os cidadãos que sejam notoriamente reconhecidos como dementes, ainda que não interditos por sentença, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos; e os que estejam privados de direitos políticos, por decisão judicial transitada em julgado.

[52] De acordo com a lei eleitoral para a Assembleia da República, são inelegíveis para aquele órgão de soberania: o Presidente da República; os magistrados judiciais ou do Ministério Público em efectividade de serviço; os juízes em exercício de funções não abrangidos pela alínea anterior; os militares e os elementos das forças militarizadas pertencentes aos quadros permanentes, enquanto prestarem serviço activo; os diplomatas de carreira em

No caso das eleições para a *Assembleia da República*, é ainda essencial destacar uma outra limitação ao *direito de ser eleito* (à capacidade eleitoral passiva) e que se prende com a circunstância de as candidaturas não poderem ser apresentadas individualmente, ainda que subordinadas à respectiva proposta por um número mínimo de cidadão eleitores, como sucede na candidatura a Presidente da República (artigo 124.º da C.R.P. e 13.º da respectiva lei eleitoral). No caso das candidaturas à Assembleia da República, as mesmas apenas podem ser subscritas pelos partidos políticos (artigo 151.º/1 da C.R.P. e 21.º/1 da respectiva lei eleitoral), o que significa que o *sistema parlamentar português* assenta nos *partidos políticos,* algo que nos vai obrigar a analisar os aspectos da própria estrutura democrática interna daqueles.

Uma última dimensão do *princípio democrático* projectada no *direito de sufrágio* é a *limitação temporal dos mandatos* (a necessidade de renovação periódica da legitimidade) e os *limites à possibilidade de reelegibilidade*, ou seja, o tempo pelo qual uma pessoa pode exercer a função de representante em órgão de soberania e o número de vezes em que pode ser eleita. No primeiro caso, os mandatos são entre de nós de cinco anos para o Presidente da República (artigo 128.º/1 da C.R.P.) e de quatro anos para os deputados à Assembleia da República, sendo esse o prazo de duração normal da legislatura (artigos 153.º e 171.º da C.R.P.). O legislador constituinte entendeu que a limitação da reelegibilidade deveria ser apenas imposta ao mandato presidencial, proibindo a reeleição para um terceiro mandato consecutivo e mesmo a reeleição no

---

efectividade de serviço; aqueles que exerçam funções diplomáticas à data da apresentação das candidaturas, desde que não incluídos na alínea anterior; e os membros da Comissão Nacional de Eleições. Para além destas inelegibilidades gerais existem também inelegibilidades especiais: não podem ser candidatos pelo círculo onde exerçam a sua actividade os directores e chefes de repartições de finanças e os ministros de qualquer religião ou culto com poderes de jurisdição.

quinquénio imediatamente subsequente (artigo 123.º/1 da C.R.P.), mas já não para os deputados — solução que não se nos afigura isenta de críticas.

> *Por exemplo*, em muitos casos de ameaça ao sistema democrático e à sua substituição por regimes tendencialmente ditatoriais, uma das medidas reveladoras do problema é a tendência dos representantes políticos em exercício tentarem revogar as normas constitucionais de limitação da reelegibilidade para se poderem perpetuar no poder.

Para além do direito de eleger e ser eleito, importa ainda conhecer o *sistema eleitoral*, ou seja, a forma como os votos se transformam em mandatos, ou, o que é mesmo, apurar *a igualdade do voto* e a *melhor representatividade* dos eleitos, assim como a *proximidade* entre eleitores e eleitos.

No caso das *eleições para o Presidente da República* a questão do sistema eleitoral não se coloca verdadeiramente, uma vez que se trata de uma eleição directa, em que existe um só círculo eleitoral, com sede em Lisboa, e que corresponde ao colégio eleitoral (ou seja, à totalidade dos eleitores) — artigos 7.º a 10.º da respectiva lei eleitoral -, sendo eleito Presidente da República o candidato que obtiver mais de metade dos votos validamente expressos, não se considerando como tal os votos em branco. No caso de nenhum dos candidatos obter esse número de votos, proceder-se-á a segundo sufrágio até ao vigésimo primeiro dia subsequente à primeira votação e a este sufrágio concorrerão apenas os dois candidatos mais votados que não tenham retirado a candidatura (artigo 126.º da C.R.P.) No caso da eleição para este órgão de soberania não existe qualquer problema em termos de *igualdade relativa* entre os votos.

Já nas *eleições para a Assembleia da República,* o legislador constituinte podia optar entre um dos dois grandes modelos de sistemas eleitorais: o *sistema proporcional* e o *sistema maioritário.*

No primeiro — o *sistema proporcional* — a votação ocorre necessariamente por lista, em *círculos plurinominais* (mais do que um mandato por circunscrição eleitoral), e, no segundo — no *sistema maioritário* — temos um sistema de *círculos uninominais* (apenas um mandato por circunscrição eleitoral), em que os eleitores escolhem apenas um candidato, o qual pode ser eleito por maioria relativa (o que tem mais votos, é o caso da Inglaterra), ou por maioria absoluta (para ser eleito à primeira o candidato tem de obter 50% mais 1 dos votos ou então a maioria relativa em segunda votação, é o caso da França).

No caso do *sistema eleitoral proporcional* podemos ter ainda algumas variantes, desde logo na escolha da *fórmula da proporcionalidade*, que pode ser pelo método de Hondt ou pelo método dos restos.

Por exemplo, no *método de Hondt* divide-se, sucessivamente, o número total de votos expressos em cada lista pelo número de mandatos a atribuir, o que numa circunscrição eleitoral com 35.000 votos expressos para 4 mandatos, com 5 listas concorrentes, em que a Lista A tem 15.000 votos, a lista B 7.500, a lista C tem 6.750, a lista D 3500 e a Lista E 2250, daria o seguinte resultado:

	Lista A	Lista B	Lista C	Lista D	Lista E
÷ 1	15.000	7.500	6.750	3.500	2.250
÷ 2	7.500	3.750	3.375	1.750	1.125
÷ 3	5.000	2.500	2.250	1.166	750
÷ 4	3.750	1875	1.687	875	562

no *método dos restos,* divide-se o número total de votos expressos pelos número de lugares para *determinar o quociente eleitoral*, depois calculam-se os *quocientes por lista*, dividindo o número de votos de cada lista pelo quociente eleitoral, e, por último, distribuem-se os restos mais elevados (ou mais baixos) aos lugares não preenchidos pelo quociente partidário.

Utilizando os números do exemplo anterior, teremos um coeficiente eleitoral de 8.750 e a seguintes distribuição de mandatos:

	Lista A	Lista B	Lista C	Lista D	Lista E	Totais
Votos	15.000	7.500	6.750	3.500	2.250	35.000
Quociente eleitoral	35.000/4					8750
Mandatos por quociente	2	0	0	0	0	2
Votos por quociente	7.500	0	0	0	0	7.500
Votos por resto	7500	7.500	6.750	3.500	2.250	27.500
Mandatos por resto maior	1	1	0	0	0	2
Mandatos por resto menor	0	0	0	1	1	2
Total de mandatos	2 ou 3	1 ou 0	0	0 ou 1	0 ou 1	4

Para além da fórmula da proporcionalidade, o *sistema eleitoral proporcional* pode ter ainda outras variantes. No caso de se *pretender aproximá-lo mais de um sistema maioritário e de maior governabilidade*, podem ser impostas *cláusulas-barreira*, ou seja, independentemente da votação em concreto em determinada circunscrição eleitoral, a lei fixa um número mínimo de votos (ex. votação nacional mínima) para acesso a um mandato (ex. em Espanha exige-se uma percentagem de votação mínima nacional de 3% - artigo 163.º da lei eleitoral para o Congresso de Diputados) ou reserva-se um número de mandatos que são atribuídos ao partidos vencedor no plano nacional (como sucede na Grécia).

Em boa verdade, não podemos dizer que exista um modelo padronizado de sistema eleitoral, pois cada um tem as suas singularidades, embora, em termos tendenciais,

possamos identificar sistemas mais próximos do maioritário, ao qual, em regra, se reconhece maior governabilidade, maior estabilidade (tendência para o bipartidarismo) e maior razoabilidade, uma vez que os partidos mais extremistas têm dificuldade em alcançar representatividade. Já os modelos mais próximos do sistema proporcional, procuram maior representatividade da comunidade, ainda que com prejuízo da governabilidade, da estabilidade e, muitas vezes, da capacidade de se constituírem governos e oposições responsáveis.

No caso português, a Constituição deixou pouco espaço à liberdade de conformação do legislador, mesmo após a revisão constitucional de 1997: *i)* o sistema é obrigatoriamente proporcional (o que constitui até um limite ao poder de revisão constitucional — artigo 288.º/*h)* da C.R.P.); *ii)* os círculos são tendencialmente plurinominais, sem prejuízo de, aparentemente, poderem existir círculos uninominais complementares (artigo 149.º da C.R.P.), algo que até hoje, dada a complexidade que isso representaria para o sistema, ainda não foi concretizado; *iii)* a fórmula da proporcionalidade é o método de Hondt (artigo 149.º/1 da C.R.P.); *iv)* o número de deputados por cada circulo plurinomimal é proporcional ao número de cidadãos eleitores nele inscritos, o que, em nome de uma alegada correcta representação do país, torna os círculos eleitorais das regiões do interior, desertificadas, praticamente irrelevantes (artigo 149.º/2 da C.R.P.); *v)* não existe qualquer vínculo entre eleitores e eleitos nestas listas, até porque a própria constituição estabelece que os deputados eleitos representam todo o país e não os círculos pelos quais são eleitos (artigo 152.º/2 da C.R.P.); e *vi)* são ainda proibidas quaisquer cláusulas-barreira (artigo 152.º/2 da C.R.P.).

Trata-se de um conjunto de opções que se vêm revelando obsoletas e insustentáveis face às novas imposições em matéria de responsabilidade política dos eleitos e

às novas exigências da democracia representativa, mas que, precisamente pela forma (ideológica) como foram inseridas na Constituição, impedem a própria reforma do sistema e vêm revelando um clima de ingovernabilidade nacional, associado à alienação dos cidadãos em relação à política e aos seus representantes políticos. Situação que promove as referidas iniciativas no campo da *democracia directa*.

Ora, neste modelo de democracia representativa, e em especial no sistema português, o *exercício do direito à autodeterminação política* afigura-se mais complexo e mais comprometido, uma vez que o sistema foi desenhado com base em interesses colectivos e numa confiança cega na capacidade de os partidos políticos desempenharem, de forma correcta, o papel de *mediadores políticos* do sistema. Com efeito, o cidadão que não queira assumir um papel activo na vida política fica maioritariamente limitado ao direito de sufrágio, que, como vimos, é organizado por votação em listas por círculos plurinominais.

Para além disso, entre nós vigora o *modelo de listas fechadas*, que é menos potenciador do exercício à autodeterminação político-democrática do que um dos *modelos de listas abertas*, em que o eleitor tem outro poder na escolha dos seus representantes. Dentro dos *modelos de lista aberta* existem também variantes: *i)* o eleitor pode escolher os candidatos que prefere das diferentes listas e votar na sua própria lista, em vez de votar na lista preparada pelo partido (*sistema de panachage*, em vigor no Luxemburgo, mas que suscita muitas dificuldades práticas); ou *ii)* no *sistema de preferências*, o eleitor pode alterar a ordem de preferência dentro da lista do partido em que decide votar (sistema em vigor na Finlândia).

No essencial, estas propostas — de votação em *listas abertas* no âmbito do sistema proporcional — são soluções que buscam a proximidade entre eleitores e eleitos

e, por esta via, procuram solucionar uma questão a que os partidos políticos não conseguem dar resposta — o do cada vez menos interesse da cidadania pela política e ainda uma profissionalização da política.

Os *partidos políticos* ocupam, assim, um papel central na organização política nacional — o pluralismo de partidos políticos e o direito de oposição integram os limites materiais de revisão constitucional artigo 288.º/*i)* da C.R.P. —, mas não gozam de uma regulação especial densa ou exigente no texto constitucional, quando comparado com o peso e a responsabilidade que a mesma lhes atribui no sistema político.

Com efeito, o artigo 51.º da C.R.P., que disciplina esta matéria, limita-se a: *i)* consagrar o *direito a constituir partidos políticos* ou participar em partidos políticos, cabendo depois à lei estabelecer os critérios para a constituição e a extinção de um partido político (artigos 14.º a 18.º da Lei dos Partidos Políticos), bem como o conteúdo da *liberdade de filiação partidária* (artigo 19.º da Lei dos Partidos Políticos); *ii)* impor *mínimos éticos,* proibindo a inscrição simultaneamente em mais de um partido político, bem como a *garantia de liberdade*, proibindo a privação do exercício de qualquer direito por um indivíduo estar ou deixar de estar inscrito em algum partido legalmente constituído; *iii)* impor a *autonomia dos partidos políticos*, afirmando que os mesmo não podem, sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa, usar denominação que contenha expressões directamente relacionadas com quaisquer religiões ou igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos nacionais ou religiosos; *iv)* apesar da *liberdade de constituir um partido* e da conformação legal deste direito, a que já aludimos, a Constituição estabelece ainda um *limite material expresso* àquela liberdade, quando afirma que não podem constituir-se partidos que, pela sua designação ou pelos seus objectivos programáticos, tenham índole ou âmbito regional e ainda,

que sejam de tipo militar, militarizado ou paramilitar, nem partidos racistas ou que perfilhem a ideologia fascista. (*ex vi* artigo 46.º/4 da C.R.P.) — devendo neste caso a limitação material ser interpretada em sentido amplo, incluído todas as ideologias antidemocráticas, ou seja, também as ideologias totalitárias de esquerda.

Duas notas finais sobre os partidos políticos. A primeira para sublinhar que a Constituição (artigo 51.º/5) e a lei (artigos 5.º a 7.º e 22.º e 23.º da Lei dos partidos políticos) impõe dimensões do *princípio democrático no âmbito da organização interna dos partidos*, embora o respectivo controlo seja muito difícil e a cidadania, nesta matéria, muito débil, razão pela qual estas obrigações de transparência, de gestão democrática interna, de garantia de liberdade dos respectivos membros e titulares de mandatos não sejam efectivamente asseguradas, nem existam instrumentos públicos adequados para o fazer. Um "estado de coisas" que se afigura arriscado, quando o modelo constitucional faz depender o sistema de representação política destas associações de direito privado, nas quais depois se compromete a interferir o mínimo possível.

A segunda nota, que respeita igualmente ao funcionamento efectivo do sistema político-partidário, prende-se com o *regime de financiamento dos partidos políticos*. De acordo com o artigo 51.º/6 da Constituição, a lei estabelece as regras de financiamento dos partidos políticos, nomeadamente quanto aos requisitos e limites do financiamento público, bem como às exigências de publicidade do seu património e das suas contas. Directrizes que são posteriormente desenvolvidas no plano legislativo pela Lei de Financiamento dos Partidos Políticos e das Campanhas Eleitorais, onde são igualmente impostos alguns limites aos financiamentos privados, seja em matéria de donativos de pessoas singulares (limite anual de 25 vezes o valor do IAS por doador e donativos

obrigatoriamente titulados por cheque ou transferência bancária), seja mesmo proibindo alguns tipos de financiamentos, comos os donativos anónimos e donativos ou empréstimos de natureza pecuniária ou em espécie de pessoas colectivas nacionais ou estrangeiras, excepto os pedidos de empréstimos junto de instituições de crédito e sociedades financeiras.

2.1.3. Democracia deliberativa

A *democracia deliberativa* constitui um terceiro *driver* das formas possíveis de expressão normativa do *princípio democrático*, desta vez substituindo o processo decisório normal do modelo de democracia representativa, pela promoção de um debate alargado entre os cidadãos e a realização de uma *consulta popular*, ou seja, em certas matérias, os órgãos do poder político-representativo entendem que a decisão deve ser tomada por expressão popular através de uma consulta escrita.

Nesta medida, devemos começar por distinguir, no domínio dos instrumentos da democracia deliberativa, entre *plebiscito* e *referendo*. O *plebiscito* visa obter uma pronúncia popular sobre escolhas políticas, como a permanência no poder de um dirigente político ou mesmo a aprovação de um texto normativo (ou até de uma constituição como sucedeu entre nós com a Constituição portuguesa de 1933). Já o *referendo* pressupõe a submissão a consulta popular de uma *questão*. O plebiscito é proibido pela Constituição portuguesa e o referendo só foi introduzido na revisão constitucional de 1989.

A realização de um *referendo* subordina-se a um procedimento formal constitucionalmente regulado (artigo 115.º da C.R.P.) nos seus aspectos essenciais e depois desenvolvido na lei orgânica do referendo[53]. Assim, a *iniciativa*

[53] Lei orgânica n.º 15-A/98, de 3 de Abril, com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 8 de Setembro, e pela

do referendo compete aos deputados, aos grupos parlamentares e ao Governo e pode, também, ter origem numa iniciativa popular (artigo 167.º/1 e 115.º/2 da C.R.P.), mas a *decisão de realizar o referendo* compete ao Presidente da República, mediante a *proposta* que lhe é apresentada pela Assembleia da República ou pelo Governo, em matérias das respectivas competências e desde que não verse sobre as matérias excluídas.

Deste modo, o *referendo* só pode ter por *objecto* questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenções internacionais ou de acto legislativo (afasta-se a possibilidade de plebiscito político) e não pode versar sobre: *i)* as alterações à Constituição; *ii)* as questões e os actos de conteúdo orçamental, tributário ou financeiro; *iii)* as matérias previstas no artigo 161.º da Constituição, salvo quando devam ser objecto de convenção internacional (nos termos da alínea *i)* deste artigo 161.º), e desde que não respeitam a questões relativas à paz e à rectificação de fronteiras; e *iv)* as matérias previstas no artigo 164.º da Constituição, com excepção das bases do sistema de ensino (artigo 115.º/3, 4 e 5 da C.R.P. e artigos 2.º e 3.º da Lei orgânica do referendo).

Cada referendo recairá sobre *uma só matéria*, devendo as *questões* ser formuladas com *objectividade*, *clareza* e *precisão* e para *respostas de sim ou não*, num *número máximo de três perguntas,* as quais não podem ser precedidas de quaisquer considerandos, preâmbulos ou notas explicativas (artigo 115.º/6 da C.R.P. e artigos 6.º e 7.º da lei orgânica do referendo).

O Presidente da República submete a *fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade* as propostas de referendo que lhe tenham sido remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo (artigo

---

Lei Orgânica n.º 1/2016, de 26 de Agosto.

115.º/8 da C.R.P. e artigos 26.º e ss. da lei orgânica do referendo).

> *Por exemplo*, até à presente data foram realizados em Portugal três referendos nacionais: *i)* o primeiro, sobre a interrupção voluntária da gravidez, em 1998, cujas perguntas foram objecto de fiscalização preventiva pelo acórdão n.º 288/98, e no qual não votaram mais de cinquenta por cento dos eleitores, pelo que, apesar de ter ganho o "não", o referendo não teve efeito vinculativo; *ii)* o segundo, sobre a regionalização administrativa, também em 1998, com duas perguntas, as quais foram objecto de fiscalização preventiva pelo acórdão n.º 532/98 — neste caso o referendo não teve também efeito vinculativo e o "não" venceu na resposta às duas questões; *iii)* por último, o segundo referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez, que teve lugar em 2007, cujas perguntas foram objecto de fiscalização preventiva pelo acórdão n.º 617/2006, e, que, embora não tenha também alcançado efeito vinculativo, pela primeira vez o "sim" venceu e acabaria por conduzir à modificação do regime legal em vigor.
>
> Desta experiência resulta uma clara *ineficácia* deste instrumento de democracia deliberativa em Portugal, onde até hoje ainda não foi possível mobilizar mais de 50% dos eleitores inscritos para se pronunciarem nestas consultas populares. Situação diferente verifica-se, por exemplo, na Suíça, onde uma parte significativa das decisões essenciais é submetida a referendo popular, com ampla participação.

Em relação à *eficácia* do referendo, importa sublinhar que o mesmo só tem *efeito vinculativo* quando o número de votantes for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento e que as *propostas de referendo recusadas* pelo Presidente da República ou *objecto de resposta negativa do eleitorado* não podem ser renovadas na mesma sessão legislativa, salvo nova eleição da Assembleia da República, ou até à demissão do Governo (artigo 115.º/10 e 11 da C.R.P. e artigos 36.º e 240.ºss e seguintes da lei orgânica do referendo).

Para além dos referendos nacionais, podem ter lugar *referendos de âmbito regional* (artigos 115.º/13 e 232.º/2 da C.R.P e Regime Jurídico do Referendo Regional na Região Autónoma dos Açores) e referendos de âmbito local (artigo 240.º e Lei orgânica do referendo local).

2.2. As situações de legitima suspensão do funcionamento das regras da democracia — o *estado de excepção*

Uma última nota sobre o princípio democrático para fazer referência às situações em que as regras gerais do funcionamento da democracia podem ser suspensas — o *estado de excepção*.

Referimo-nos, em primeiro lugar, aos casos do *estado de sítio* e do *estado de emergência*, que, de acordo com o artigo 19.º/2 da C.R.P., só podem ser declarados, pelo Presidente da República (artigo 134.º/*d)* da C.R.P.), nos termos constitucionalmente regulados e legalmente modulados (artigos 138.º/ 1 e 2, 161.º/*l)*, 162.º/*b)*, 164.º/*e)*, 179.º/3 *f)* e 197.º/1 *f)* da C.R.P. e regime jurídico do estado de sítio e do estado de emergência), no todo ou em parte do território nacional, e com fundamento em casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública.

A nota mais destaca pelos cultores do direito constitucional é a possibilidade de *suspensão de direitos fundamentais*, o que explica também a inserção sistemática do tema no texto da lei fundamental, na parte respeitante a esta matéria.

Para o legislador constituinte, a diferença entre o *estado de sítio* e o *estado de emergência* é apenas uma questão de intensidade. Assim, o *estado de emergência* é declarado quando os pressupostos constitucionalmente

estabelecidos se revistam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias susceptíveis de serem suspensos.

Para além disso, a *declaração do estado de sítio* ou *do estado de emergência* em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião, sendo este conjunto considerado pelo legislador constituinte como *direitos fundamentais insusceptíveis de suspensão*, em qualquer circunstância.

Em qualquer caso, a opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o *princípio da proporcionalidade* e *limitar-se*, nomeadamente quanto à respectiva extensão e duração e aos meios utilizados, ao *estritamente necessário* para o pronto restabelecimento da normalidade constitucional. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é sempre *adequadamente fundamentada* e contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo o estado declarado ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites.

O texto constitucional acrescenta ainda que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo, nomeadamente, afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respectivos titulares e que a mesma confere às autoridades competência para

tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

Para além da suspensão de direitos, a declaração de estado de excepção acarreta também diversas consequências no plano do funcionamento do princípio democrático — sendo esta a dimensão que aqui especialmente nos interessa — como: *i)* a proibição de dissolução da Assembleia da República na vigência do Estado de excepção (artigo 172.º/1 da C.R.P.); *ii)* a fixação de um regime especial de utilização das forças armadas (artigo 275.º/7 da C.R.P. e artigos 8.º/3, 9.º/2, 14.º/1*f)* e 20.º/1 do regime jurídico do estado de sítio e do estado de emergência); *iii)* e a proibição de qualquer acto de revisão constitucional (artigo 289.º da C.R.P.).

Quer isto dizer que, à semelhança do que sucede nos restantes regimes jurídico-constitucionais continentais, também em Portugal o *estado de excepção* é uma figura considerada especialmente sensível, que deve ter uma utilização em termos muito residuais e, mesmo aí, de forma limitada (material e temporalmente) e ainda sob intensa vigilância dos órgãos constitucionais representativos da vontade popular, em especial o Parlamento (artigo 62.º/*b)* da C.R.P.).

Porém, os novos desafios colocados à segurança no âmbito das democracias ocidentais, quer pelo aumento do número de situações em que os fenómenos da natureza põem à prova as estruturas orgânico-administrativas, quer nos casos em que o terrorismo internacional suscita dificuldades às forças de segurança, têm vindo a mostrar que este expediente volta a ter actualidade, como sucedeu recentemente em França, após os ataques terroristas. De resto, a doutrina mais recente também já havia mostrado que as novas situações que justificam a adopção de um *estado de excepção* não se confundem com o contexto histórico do III Reich e que em alguns casos apenas a

concentração de poderes nos órgãos executivos e o auxílio das forças militares permitem ultrapassar contextos de grande ameaça ao interesse público geral.

3. Princípio da separação e interdependência dos poderes

A *organização do poder político* — a Parte III da Constituição da República Portuguesa — é — já o dissemos — a matéria que tipicamente integra o conteúdo necessário de uma Constituição, pois é aí que se encontra definido o respectivo regime político do Estado (a *forma de governo*), ou seja, quem são os órgãos de soberania (os titulares do poder soberano) e qual é a respectiva formação, composição, competência e modo de funcionamento.

Em qualquer regime político, quaisquer que sejam os órgãos de soberania, é essencial assegurar o *princípio da separação de poderes* (entre o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial) e a *interdependência* entre eles, ou seja, o modo como eles se articulam e mutuamente se complementam, controlam e fiscalizam (o sistema de controlos interorgânicos). Quer isto dizer que o *princípio da separação dos poderes* constitui a *dimensão jurídico-normativa da organização política* e não se trata de um princípio meramente orgânico-funcional, pois ele encerra, como veremos, um conteúdo material essencial.

Esse conteúdo foi sobretudo desenvolvido nas obras de John Locke — referimo-nos ao primeiro e segundo *Tratados sobre o Governo Civil* — nas quais este filosofo político, associado ao movimento liberal, afirma que todos os homens são iguais em direitos (vida, propriedade e liberdade, que ele considera direitos naturais ao ser humano) e por isso, qualquer sistema de governo — qualquer ordem de domínio dos homens sobre os homens

— deve assegurar esses direitos. Mas para assegurar esses direitos não basta uma divisão funcional do poder (civil), é necessária uma divisão orgânica, para que os limites sejam efectivamente respeitados.

Importa não esquecer a este propósito que a principal teorização do princípio tem bases pré-constitucionais, quando a *ideia de constituição moderna* — virtude normativa que limita e/ou informa a normatividade positiva (há uma relação estreita entre a evolução do constitucionalismo e a *teoria do direito)* — começou a surgir e se discutiu a necessidade de fazer aprovar um documento, expressão do poder soberano, que constituísse um limite ao próprio poder legislativo soberano, ou seja, à validade do direito produzido pelo representantes. Em outras palavras, as dificuldades que a sociedade de massas ocasionou ao princípio democrático — inviabilizando, como já vimos, a democracia directa — iniciou um movimento de teorização dos limites do próprio poder soberano representativo, que está para além da mera limitação do poder absoluto e da ruptura com o momento pré-moderno da emergência dos parlamentarismos — por isso alguns autores consideram que o constitucionalismo britânico, sem constituição escrita e assente num modelo de soberania (quase)absoluta do parlamento, é um sistema parlamentar pré-moderno.

Foi a partir da referida ideia de separação orgânico funcional que muito se teorizou sobre a melhor forma de *dividir o poder* no sentido de encontrar um sistema em que "o poder constitua um limite do próprio poder". E enquanto o modelo tradicional do Estado Liberal assentava na ideia de liberdade de acção governativa fora do espaço de reserva da lei, as evoluções subsequentes impuseram uma mudança radical nesta compreensão, exigindo que a entidade que exercia o poder de governo (o *poder executivo*) fosse limitada por um poder prévio, do qual resultasse o fundamento e a medida para a sua actuação

(esta função caberia ao *poder legislativo*). Para além disso, deveria ainda existir um terceiro poder para interpretar as leis e verificar a legalidade dos actos de aplicação da mesma — esta seria a função do *poder judicial*.

É neste sentido que a *separação dos poderes* é considerada pelos filósofos e cultores da ciência política como um *ethos* de um Estado de Direito, o que significa, na prática, que é necessário repartir o poder entre diferentes instituições para impedir a arbitrariedade dos actos de governo a que tendem os sistemas políticos onde não existe separação de poderes — por exemplo, nas monarquias absolutas — ou onde essa separação de poderes sofre perturbações em decorrência de fenómenos políticos que impedem o regular funcionamento das instituições — por exemplo, nos regimes ditatoriais impostos sob um regime de estado de excepção constitucional.

Assim, a *separação de poderes* consiste em assegurar um equilíbrio no contexto do exercício do poder, ou seja, da prática de actos políticos e dos actos de Estado, como a determinação do interesse público e respectiva realização, a afirmação da independência nacional, a garantia da segurança pública ou as relações internacionais e diplomáticas.

A teoria em análise teve a sua origem e o seu expoente máximo com o advento do Estado Liberal e a rejeição das monarquias absolutas e de outras formas de governo baseadas no exercício autoritário do poder absoluto. A lei passou a ser sinónimo de liberdade e de igualdade, mas não foi, como já dissemos, suficiente para garantir os valores essenciais, e por isso ao Estado Liberal seguiu-se o Estado Constitucional, fundado em valores supralegais.

No fundo, o que nos importa destacar nesta passagem para o *constitucionalismo moderno e contemporâneo* é a necessidade de impor limites, também ao legislador. Em outras palavras, não basta uma ordem de poder limitado

pela lei como produto da vontade popular, exige-se que essa ordem de poder seja uma ordem de valores e por isso o constitucionalismo traz regras e limites ao poder do próprio legislador para assegurar a realização desses valores. Os limites decorrentes do constitucionalismo são materiais, como vimos a propósito do estudo dos princípios fundamentais, desde logo a dignidade da pessoa humana, mas são igualmente orgânico-funcionais, com a consagração de sistemas políticos assentes não só na separação de poderes e no jogo clássico de dependências que essa separação, por si, instituiu, mas também em novos instrumentos de *controlos mútuos entre os poderes*.

É neste contexto que surgem as formas tradicionais de governo que, no essencial, são esquemas pré-concebidos de divisão dos poderes, como os regimes parlamentares monárquicos (onde prima a supremacia do parlamento, dada a impossibilidade de o chefe de Estado exercer poderes não tendo sido legitimado pelo voto popular — é o caso do *modelo de Westminster*), os regimes presidenciais (onde encontramos dois pólos de poder legitimados pelo voto directo — o presidente e o parlamento — que depois se relacionam entre si num jogo de interdependências, nem sempre fácil de gerir) e os regimes semipresidenciais (onde o poder executivo é repartido entre o Presidente e o Primeiro-Ministro, com iguais problemas de ineficiência). Podemos dizer que a escolha da forma de governo é a face positiva ou construtiva da *separação de poderes*, pois é onde os constituintes escolhem o modelo de governo que mais se ajusta à sua realidade político-histórico-social.

Mas o princípio da separação de poderes tem também hoje outras leituras mais desafiantes, sobretudo ligadas ao papel que o controlo da constitucionalidade deve desempenhar nestes sistemas — algo a que já fizemos também referência anteriormente, no ponto I. Com efeito, o *constitucionalismo* impõe uma ordem política subordinada

a valores fundamentais e necessita de instituir um *sistema de controlo e fiscalização do cumprimento desses valores fundamentais* pelos órgãos do poder, o que significa que tem de confiar essa tarefa a algum dos órgãos já existentes ou criar um órgão novo para desempenhar essa tarefa.

Em alguns modelos, o controlo da constitucionalidade é judicial — é confiado aos tribunais — mas não envolve a criação de novos órgãos, pois essa tarefa é confiada aos tribunais superiores do Estado (é o caso norte-americano que confia a *judicial review* ao poder judicial e, em última instância, ao *Supreme Court*), em outros é judicial, mas envolve a criação de um órgão especial — um tribunal constitucional — que actuando à semelhança de um tribunal tem um processo de formação distinto e uma missão também distinta do poder judicial ordinário (é o caso de Portugal, da Alemanha e da Espanha). Para além destes sistemas, existem outros onde as decisões judiciais sobre a constitucionalidade dos actos (em regras das normas) não são vinculativas (o caso da Nova Zelândia) ou ainda onde podem ser superadas por decisões dos parlamentos (em regra em quase todos os sistemas derivados do modelo britânico, como o Canadá). E ainda aqueles sistemas onde o controlo da constitucionalidade, por se entender que consubstancia matéria essencialmente política, fica reservado a mecanismos de autocontrolo político (é o caso da Holanda) ou a órgãos políticos especiais (como o *Conseil Constitutionnel* em França).

Esta diversidade no domínio dos modelos de controlo de constitucionalidade é uma exteriorização das dificuldades em ajustar a *forma de governo* e a *tendência de judicialização da política* segundo parâmetros jurídico-constitucionais, sobretudo pela fluidez que o próprio texto e os princípios constitucionais encerram e que dificultam a construção de um sistema onde o controlo da constitucionalidade não dê origem a entidades, também elas dotadas de enorme poder, para as quais

depois não existem mecanismos de controlo adequados — é tradicional, a este propósito, reproduzir-se a frase do jurista e filósofo político austríaco (Kelsen): "quem deve guardar a Constituição e quem guarda os guardas da Constituição?".

No fundo, a questão que se coloca no âmbito dos sistemas continentais actuais, que sob a influência do modelo germânico-austríaco interpretam a Constituição como uma ordem normativa de valores, é a de saber se a jurisprudência constitucional é de natureza jurídico-normativa ou se sofre a influência de elementos de natureza política. Uma pergunta que é quase de retórica, pois a prática tem mostrado que os *hard cases* são inevitáveis.

> Por exemplo, na denominada "jurisprudência constitucional da crise" — expressão que designa o conjunto de acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional durante o recente período em que Portugal estava sob a vigência do regime de assistência financeira externa por parte do Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu — são inúmeras as referências nos acórdãos às condicionantes (políticas) de facto para fundamentar as decisões. No acórdão n.º 396/2011 pode ler-se o seguinte: «*Tudo o que atrás se disse, quanto às reduções das remunerações, releva de uma análise estritamente jurídica da situação normativa actual. Mas não pode ignorar-se que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei do Orçamento do Estado de 2011 têm como objectivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária. Para o efeito, foi estabelecida uma calendarização por etapas anuais, sendo que a satisfação plena de tal objectivo só se atingirá, de acordo com o programado, em 2013.*

> *Programa que, note-se, não traça metas de consecução desejável mas de cumprimento incerto, responsabilizadoras apenas internamente, em termos político--eleitorais, antes estabelece compromissos firmes do Estado português perante instâncias internacionais, compromissos constantes, num primeiro momento, do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) e, no presente, em moldes formalmente mais vinculativos, do "Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica", acordado com a Comissão Europeia, e do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, assinado com o FMI».*

Mas a questão não é exclusiva dos *sistemas continentais de matriz germano-austríaca de controlo de constitucionalidade*, nos sistemas de matriz político-constitucional, como o dos Estados Unidos, os autores (em especial Vermeule) falam hoje da necessidade de construir um modelo de *constitucionalismo precaucional*, complementar o controlo judicial da constitucionalidade (a *judicial review*), ou seja, no próprio desenho institucional do sistema político e na sua interpretação, é importante instituir mecanismos de controlo prévio de riscos políticos, como a rotação nos cargos, a limitação dos mandatos, o alargamento dos fundamentos para o *impeachment*; e de evitação preventiva dos "piores cenários políticos", como a limitação de poderes autónomos no plano da negociação internacional, mesmo que isso envolva uma limitação à potencialização da ordem ou do sistema constitucional.

Em suma, o princípio da separação de poderes nasce de uma teoria da filosofia política para combater o poder absoluto e centra-se num esquema de tripartição do poder, onde a preocupação essencial radicava no controlo do poder executivo. Mais tarde, com o advento do constitucionalismo, surge uma materialização da própria dimensão orgânico-funcional do poder político e a preocupação do controlo desvia-se do esquema

orgânico-funcional para as questões materiais. Contudo, a dinâmica própria destes processos revela hoje a necessidade de continuar a profundar os modelos, incluindo também a função de controlo no contexto deste esquema de equilíbrios, para evitar, uma vez mais, que o poder fique concentrado, desta vez na função judicial, cuja virtude assente na respectiva independência começa também a ser fonte de preocupação.

4. Forma de governo portuguesa

Compreendido o sentido da *separação dos poderes* e a sua compatibilidade com diferentes regimes políticos, importa agora analisar o *regime político português*, ou seja, a *forma de governo* consagrada na Constituição.

Veremos que a forma de governo portuguesa não obedece a um modelo típico, antes se apresentando como uma combinação de diversos elementos do regime semi-presidencialista com o regime parlamentar e com o regime misto parlamentar-presidencial. Ou talvez dito de forma mais correcta, o *regime político português* é *cambiável* em função da composição político-partidária do parlamento e do tipo de mandato que o presidente da república exerce. Vejamos. Começaremos por caracterizar, de forma breve, os modelos típicos, seguidamente, a função jurídico-constitucional confiada a cada um dos órgãos de soberania, para depois extrairmos conclusões quanto à caracterização em concreto do modelo português.

4.1. Os modelos típicos de regimes políticos

De entre os *modelos típicos de regimes políticos* iremos fazer referência apenas aos traços mais emblemáticos de cada um, pois na sua consagração em concreto aliada à respectiva dinâmica estes modelos teóricos sofrem todos cambiantes muito significativas.

4.1.1. Modelo parlamentar

O *modelo parlamentar* caracteriza-se por concentrar uma parte significativa do poder do executivo na dependência do parlamento. Algo que é típico, por exemplo, das monarquias constitucionais, em que o chefe de estado, por não ser eleito, não tem constitucionalmente confiados poderes significativos de condução ou direcção política (é o que sucede em Espanha e na Inglaterra), embora também não responda perante o parlamento. Mas este tipo de papel atribuído ao chefe de estado pode também existir em regimes republicanos em que o Presidente não tem uma legitimidade democrática directa, sendo eleito pelo parlamento (é o caso da Itália).

Nestes sistemas, o Governo é constituído segundo o *modelo de gabinete*. Quer isto dizer que o chefe do Governo (primeiro-ministro ou presidente do governo) é nomeado pelo chefe de Estado e depois os outros ministros serão indicados por ele segundo a sua confiança política, mas o Governo só pode governar se tiver a confiança política do parlamento (se obtiver um voto inicial de confiança) e deixará necessariamente de governar se perder a confiança política do parlamento, ou seja, se for aprovada uma moção de censura ou se não conseguir fazer aprovar uma moção de confiança que apresente àquele órgão — há uma *responsabilidade política do Governo perante o Parlamento*.

> Por exemplo, em Espanha, após as eleições legislativas, o Rei ouve todos os representantes dos grupos parlamentares e, através do Presidente do Parlamento (*Congresso de Diputados*), propõe um candidato a Presidente do Governo, o qual tem depois de apresentar perante o Parlamento o seu programa político e solicitar um voto de confiança. Se nessa sessão obtiver a maioria absoluta dos votos (voto de investidura), o candidato é nomeado

> Presidente do Governo pelo Rei, se não obtiver essa maioria, terá lugar uma segunda votação, decorridas 48 horas, e o voto de confiança pode ser obtido com apenas a maioria simples dos votos. Se falhar esta votação, podem ser apresentadas outras soluções de governo ao mesmo processo de obtenção do voto de confiança e se no prazo de dois meses nenhuma solução obtiver esse voto, o Rei dissolve o parlamento e terão lugar novas eleições (artigo 99 da Constituição Espanhola).

Em segundo lugar, existe também a possibilidade de o chefe de Estado dissolver o Parlamento, mediante proposta do Governo, o que significa que sendo um acto do chefe de Estado (um decreto real ou presidencial) é da *responsabilidade política* do Governo, que a assume através da respectiva *referenda*.

> Por exemplo, é assim em Espanha (artigo 115 da Constituição Espanhola), mas já não no Reino Unido, uma vez que a Rainha não tem o poder de dissolver o Parlamento (ponto 3 do *Fixed-term Parliaments Act 2011*). Em Itália, por seu turno, o Presidente da República pode dissolver o parlamento, sem necessidade de que essa proposta parta do Governo (artigo 88 da Constituição Italiana), embora a validade do acto de dissolução dependa da refenda ministerial.

Nos regimes republicanos, o Presidente da República é eleito pelo Parlamento, mas não fica sob a responsabilidade política do mesmo, sem prejuízo de poder responder por actos que atentem contra a Constituição.

> Por exemplo, segundo o artigo 90 da Constituição Italiana, o Presidente da República não é responsável pelos actos praticados no exercício das suas funções, mas pode ser afastado por decisão do parlamento se ficar provada "alta traição" ou pratica de actos que atentem contra a Constituição.

Nos regimes parlamentares a *governabilidade* (ou seja, a formação de governos estáveis) pode ser um problema, sobretudo quando o sistema eleitoral seja proporcional

e não existem instrumentos para minorar os efeitos da pulverização partidária, pois a formação de um Governo depende, caso nenhum partido obtenha uma maioria expressiva, dos equilíbrios que possam ser alcançados através de coligações de governo ou apenas de suporte parlamentar e a sua constante dependência do Parlamento pode dificultar a formação de consensos para a aprovação de reformas legislativas.

4.1.2. Modelo presidencial ou presidencialista

Neste segundo modelo, cujo paradigma é o modelo dos Estados Unidos da América, encontramos dois poderes separados, dotados de legitimidade directa ou quase directa e com poucas interdependências.

Assim, o *poder legislativo* pertence ao Congresso, que é composto pelo Senado e pela Câmara dos Representantes. Cada uma destas Câmaras é responsável pelos respectivos processos eleitorais, assim como pelos seus regimentos e por julgar as questões respeitantes aos seus membros. Apesar de serem indissolúveis, existem alguns limites ao poder das Câmaras, designadamente o *poder de veto* do Presidente em relação aos actos legislativos, sem prejuízo de esse veto poder ser superado pela confirmação do diploma por uma maioria de dois terços dos membros da respectiva Câmara — Artigo I, da Constituição dos EUA.

Já o *Presidente* é eleito de forma indirecta, por um colégio de grandes eleitores (cuja composição tem o mesmo número que os Senadores e os Representantes), os quais são eleitos directamente em cada Estado. Ao Presidente cabe a condução do governo do país, pois ele é, simultaneamente, o Chefe de Estado e o Chefe do Governo, e o comandante das Forças Armadas. Neste caso o Governo não é colegial, existindo apenas um Vice-Presidente e um conjunto de secretários de Estado. O Presidente não

depende politicamente das Câmaras, mas em algumas matérias, como a assinatura de Tratados Internacionais, precisa do seu consentimento. Para além disso, em caso de crime ou de violação grave da Constituição, o Presidente pode enfrentar um processo de *impeachment*, que é julgado por aquelas Câmaras — Artigo II, da Constituição dos EUA.

Para além destes dois poderes, que gozam entre si de uma intensa separação, e do poder judicial, que é, também, um poder separado, existe ainda nos Estados Unidos da América um denominado *quarto poder*, que é identificado com as *agências reguladoras independentes*. Estas entidades não estavam previstas originalmente na Constituição e nasceram de normas estatutárias aprovadas pelo Congresso. Os respectivos estatutos outorgam-lhes poderes muito relevantes em áreas económico-sociais (ex. no ambiente, a Environmental Protection Agency — EPA; na energia, a Federal Energy Regulatory Commission — FERC) ou até em áreas se segurança (ex. Central Intelligence Agency — CIA) e, sobretudo, poderes que congregam os três poderes tradicionais. Em outras palavras, estas entidades dispõem de: *i)* poderes de produção de normas (entidades reguladoras por delegação), concorrendo assim com o poder legislativo do Congresso; *ii)* poderes de condução da política sectorial em causa, concorrendo com o poder executivo do Presidente; e *iii)* poderes de investigação e de aplicação de sanções, parte em que concorrem com o poder judicial. Para uma parte dos autores estas entidades são uma forma de o parlamento poder governar ou, pelo menos, enfraquecer o poder do Presidente, para outros elas representam o poder de auto-regulação reconhecido aos grupos de interesse, muito relevantes naquele sistema e, para outros ainda, uma forma de assegurar a continuidade e a estabilidade de políticas sectoriais, que se devem orientar por critérios económicos e de eficiência e não ficar dependentes de ciclos políticos maioritários.

Em boa verdade, este *quarto poder* consubstancia a dificuldade de governabilidade que pode ser apontada ao sistema presidencialista, ao mesmo tempo que se revela como uma limitação do respectivo poder executivo, na medida em que o Presidente dos Estados Unidos não pode afastar os Presidentes das agências.

4.1.3. Modelos mistos: semipresidencial ou misto parlamentar-presidencial

Da confluência daqueles dois modelos clássicos — e sem prejuízo das suas inúmeras variantes a que já fizemos alusão — surgem modelos mistos, ou seja, modelos que reúnem características daqueles dois modelos: uns mais de inspiração parlamentar, onde posteriormente encontramos notas caracterizadoras do presidencialismo, e outros de base mais presidencialista, onde é possível registar notas do parlamentarismo. Apesar da sua diversidade, igualmente relevante, é possível identificar algumas notas caracterizadoras destes modelos mistos.

Em primeiro lugar, a nota mais características é o facto de o *Presidente e o Parlamento serem ambos eleitos por sufrágio directo*, o que significa que vamos encontrar um Presidente com uma legitimidade democrática especialmente intensa. Contudo, esta nota é depois complementada pela existência de um Governo com autonomia, ou seja, de um *Governo que tem como chefe* (primeiro-ministro) *uma figura institucional distinta do Presidente da República* (do chefe do Estado). Em outras palavras, nestes regimes mistos o Presidente da República não é o chefe do governo, mas tem uma influência directa através do uso de poderes de direcção política próprios, os quais, pela sua natureza e intensidade, permitem depois caracterizar estes modelos.

A segunda nota radica na circunstância de o Governo ser, nestes sistemas, um órgão constitucional autónomo, mas duplamente responsável, perante o Parlamento (do qual deriva a sua legitimidade democrática) e perante o Presidente da República, que pode assumir nesta matéria de controlo político do Governo poderes mais ou menos intensos.

> *Por exemplo*, em França, o Presidente da República preside ao Conselho de Ministros (artigo 9.º da Constituição francesa), promulga e veta leis (artigo 10.º da Constituição francesa), pode, após consulta ao Primeiro-Ministro e aos Presidentes das Assembleias, dissolver a Assembleia Nacional (artigo 12.º da Constituição francesa), credencia embaixadores, assume o papel de chefe das forças armadas (artigos 14.º e 15.º da Constituição francesa) e pode pronunciar-se perante o parlamento (artigo 18.º da Constituição francesa)

4.2. As funções confiadas a cada um dos órgãos de soberania no regime jurídico-constitucional português

No caso português temos três órgãos políticos fundamentais: o Presidente da República (artigos 120.º a 146.º da C.R.P.), a Assembleia da República (artigos 147.º a 181.º da C.R.P.) e o Governo (artigos 182.º a 201.º da C.R.P.).

O *Presidente da República* é o chefe de Estado e cabe-lhe representar a República Portuguesa, garantir a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas, sendo, por inerência, Comandante Supremo das Forças Armadas.

Este órgão singular é eleito por sufrágio universal e directo — remetemos nesta parte para o que já foi estudado quanto à eleição do Presidente da República — e o seu mandato tem a duração de cinco anos.

Em relação às suas competências (aos poderes que pode exercer), dispõe a Constituição que ele exerce competências: *i)* relativamente a outros órgãos (artigo 133.º da C.R.P.), sendo de destacar nesta matéria a nomeação e demissão do Governo (assim como a nomeação e exoneração dos restantes membros do Governo), a dissolução da Assembleia da República e a possibilidade de dirigir mensagens à Assembleia da República; *ii)* na prática de actos próprios (artigo 134.º da C.R.P.), de entre os quais destacamos a promulgação das leis a decisão de referendo e os pedidos de fiscalização abstracta preventiva e sucessiva da constitucionalidade das normas; *iii)* nas relações internacionais (artigo 135.º da C.R.P.), com especial destaque para a ratificação de tratados internacionais depois de aprovados; *iv)* o poder de veto dos diplomas legislativos que lhe sejam enviados pela Assembleia da República ou pelo Governo, para promulgação; e *v)* os já mencionados poderes para declarar o estado de sítio ou o estado de emergência (artigo 138.º da C.R.P.).

No âmbito do *poder de veto* importa distinguir entre o *veto por inconstitucionalidade* e o *veto político*.

Com efeito, o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional, no prazo de oito dias a contar da data em que o diploma lhe é enviado, a *apreciação preventiva da constitucionalidade* de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura (artigo 278.º/1 a 3 da C.R.P.). Se o Tribunal Constitucional *se pronunciar pela inconstitucionalidade* da norma, *deverá o diploma ser vetado* pelo Presidente da República e devolvido ao órgão que o tiver aprovado. Neste caso o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado *expurgue a norma julgada inconstitucional* ou,

quando for caso disso, a *confirme por maioria de dois terços dos deputados presentes*, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções — este é o *veto por inconstitucionalidade*, ou seja, a recusa de promulgação ou assinatura de uma norma por a mesma padecer de uma inconstitucionalidade verificada pelo Tribunal Constitucional.

Mas o Presidente dispõe também de um *veto político*, *i. e.*, pode recusar-se a promulgar um diploma por discordar politicamente do respectivo conteúdo. Assim, segundo o disposto no artigo 136.º/ 1 e 2 da C.R.P., no prazo de *vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembleia da República* para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada. No caso dos diplomas da Assembleia da República o veto pode ser superado através da confirmação do diploma, ou seja, se a Assembleia da República confirmar o voto por *maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções*, o Presidente da República deverá promulgar o diploma no prazo de oito dias a contar da sua recepção. Já no caso dos diplomas do Governo, dispõe o artigo 136.º/4 da C.R.P. que *no prazo de quarenta dias contados da recepção de qualquer decreto do Governo para ser promulgado*, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, comunicando por escrito ao Governo o sentido do veto. Neste caso o veto político não pode ser formalmente superado, a não ser mediante a regulamentação da matéria por lei da Assembleia da República, após proposta legislativa do Governo.

> Por exemplo, no caso do regime jurídico sobre gestação de substituição, o Presidente da República, com base nos pareceres no Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida, *vetou politicamente* o diploma e devolveu-o à Assembleia da República, em 7 de Junho de 2016, acompanhado de uma fundamentação quanto às suas discordâncias em relação à solução legislativa proposta.
>
> O diploma seria depois reformulado e novamente aprovado pela Assembleia da República, tendo o Presidente promulgado esta nova versão do diploma, que considerou ter atendido a uma parte (à mais importante) das objecções que suscitara, acompanhada de uma nota justificativa, onde afirma que *"o veto político presidencial tem uma dupla dimensão: a de afirmação da posição de princípio e a de apresentação de argumentos destinados a suscitar reponderação por parte do órgão legislativo. A primeira inspira a segunda, mas perde sentido se a segunda se afigura insusceptível de um mínimo de sucesso"*.

Uma última nota para fazer referência à existência de um órgão político de consulta do Presidente da República — o *Conselho de Estado* (artigos 141.º a 146.º da C.R.P.) — ao qual o mesmo preside e que tem um papel importante na medida em que é obrigatoriamente ouvido em caso de dissolução da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, de demissão do Governo ou de declaração de guerra.

A *Assembleia da República* é o órgão representativo por excelência. É composta por um mínimo de 180 e um máximo de 230 deputados (actualmente é composta pelo número máximo de 230 deputados, *ex vi* artigo 13.º da lei eleitoral para a assembleia da república), cujo sistema eleitoral já foi analisado. No leque de *competências* (poderes da Assembleia da República) avultam os poderes: *i) político-legislativos*, que incluem o poder de aprovar alterações à Constituição, de elaborar leis e de autorizar o Governo a legislar em matérias reservadas ao parlamento (artigo 161.º da C.R.P.); *ii) de fiscalização*, que incluem

a apreciação dos actos do Governo, abrangendo a apreciação parlamentar de actos legislativos daquele (artigo 169.º da C.R.P.); e *iii) em relação a outros órgãos*, onde se inclui apreciar o programa do Governo, e votar moções de confiança e de censura (artigo 163.º da C.R.P.).

Sendo o *poder legislativo*, o poder mais relevante exercido pela Assembleia da República e sendo este o órgão representativo da vontade popular por excelência, entendeu o legislador constituinte consagrar um regime de *reserva de competência legislativa*. Em outras palavras, no nosso sistema jurídico-constitucional o poder legislativo não é exclusivo do parlamento, pois a Constituição reconhece também competência legislativa ao Governo (artigo 198.º da C.R.P.).

Mas precisamente por essa razão, o legislador constituinte entendeu que nem todas as matérias deveriam recair no âmbito da *competência concorrente*, ou seja, deveriam ficar na disponibilidade dos dois legisladores — a Assembleia da República e Governo — e decidiu constituir um núcleo de matérias que reconduziu à *competência legislativa exclusiva da Assembleia da República*, o mesmo é dizer que nesta matérias (artigos 164.º e 165.º da C.R.P.) a competência para legislar pertence exclusivamente à Assembleia da República.

Contudo, o mesmo legislador constituinte entendeu que deveria ainda estabelecer uma outra diferenciação dentro das matérias que reservou para a competência legislativa da Assembleia da República e, assim, definiu um núcleo de matérias onde *só a Assembleia da República pode legislar* mediante a aprovação de uma lei que defina o regime jurídico em causa — são as matérias do artigo 164.º da C.R.P. — e que se denomina como *reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República*; e um outro núcleo de matérias que, embora a competência legislativa seja da Assembleia da República, a mesma pode

optar por legislar ou autorizar o Governo (através de um acto legislativo próprio para esse efeito, que é a lei de autorização legislativa) a legislar nessa matérias (mediante a aprovação de uma decreto-lei autorizado), são as matérias constantes do artigo 165.º da C.R.P. e assumem a designação de *reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República*.

Uma última e breve nota para dar conta da *organização* e *funcionamento* da Assembleia da República. A Assembleia da República funciona por *legislaturas* — período de quatro anos que medeia entre cada eleição — e por *sessões legislativas* — que correspondem ao seu período de funcionamento normal que vai de 15 de Setembro a 15 de Junho de cada ano. Assim, cada legislatura terá, em princípio, quatro sessões legislativas. Durante o período normal de funcionamento, a Assembleia funciona em sessões plenárias (artigo 177.º da C.R.P.) e em comissões (artigo 178.º da C.R.P.), sendo a ordem de trabalhos determinada pelo respectivo presidente, de acordo com as regras do regimento (artigos 175.º e 176.º da C.R.P.). Fora do período de funcionamento efectivo (da sessão legislativa), a Assembleia da República funciona através da Comissão Permanente (artigo 179.º da C.R.P.).

Ainda sobre a Assembleia da República importa dizer que, os *grupos parlamentares* (artigo 180.º da C.R.P.) têm um conjunto de direitos importantes, dos quais destacamos: *i)* provocar a presença do Governo para lhe colocar questões, *ii)* apresentar moções de rejeição do programa do Governo, *iii)* apresentar moções de censura e *iv)* requerer a constituição de comissões parlamentares de inquérito.

Por último, o *Governo* é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da Administração Pública. Ao contrário dos outros dois órgãos antes analisados não é eleito e sim *nomeado pelo Presidente da República*. O primeiro-ministro é *nomeado* pelo Presidente

da República ouvidos os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais e os restantes membros são *nomeados pelo Presidente da República*, sob proposta do Primeiro-Ministro (artigo 187.º da C.R.P.).

> *Por exemplo*, como já dissemos, até à nomeação do XXI Governo vigorava em Portugal uma *praxe constitucional* (uma prática reiterada, aceite e reconhecida por todos como solução efectiva) de que segundo o artigo 187.º/1 da C.R.P. seria nomeado pelo Presidente da República como Primeiro-Ministro o líder do partido mais votado nas eleições legislativas. Isso significava que, pela prática constitucional vigente desde 1976, o sistema de governo tendia a "governamentalizar-se", ou seja, os eleitores não expressavam nas urnas o seu voto num partido para eleger deputados à Assembleia da República, mas antes a sua escolha para o líder do Governo.

O Governo tem *competência exclusiva* (incluindo legislativa) nas matérias respeitantes à sua organização e funcionamento. É constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado, podendo incluir um ou mais Vice-Primeiros-Ministros (artigos 183.º e 198.º/2 da C.R.P.) e a Constituição reserva competências próprias para o Conselho de Ministros — órgão que é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Vice-Primeiros-Ministros, se os houver, e pelos Ministros (artigo 184.º da C.R.P.) — para o Primeiro-Ministro e para os Ministros (artigos 200.º e 201.º da C.R.P.).

A nota mais destacada do nosso sistema é a *dupla responsabilidade do Governo*, perante o Presidente da República e a Assembleia da República (artigo 190.º da C.R.P.). Contudo, é importante frisar que o Governo em Portugal não necessita de um voto de confiança no seu programa para iniciar funções — as funções do Primeiro-ministro iniciam-se com a sua posse —, mas não poderá manter-se em exercício se os deputados, por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, rejeitarem

o respectivo programa (artigos 180.º/2*h)*, 188.º 192.º e 195.º/1*d)* da C.R.P.).

Apesar disso, o Governo pode solicitar à Assembleia da República um *voto de confiança* (*moção de confiança*) sobre uma declaração de política geral ou sobre qualquer assunto relevante de interesse nacional, o qual, se não for aprovado, implica a demissão do Governo (artigos 193.º e 195.º/1*e)* da C.R.P.). Pode, igualmente, ser alvo de uma *moção de censura* sobre a execução do seu programa ou assunto relevante de interesse nacional, apresentada por iniciativa de um quarto dos Deputados em efectividade de funções ou de qualquer grupo parlamentar, a qual, se for aprovada por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, implicará igualmente a demissão do Governo (artigos 194.º e 195.º/1*f)* da C.R.P.).

Por último, o *Governo é também responsável perante o Presidente da República*, que o pode demitir, mas com uma condicionante (não se trata de um poder livremente exercido pelo Presidente, pois depende do preenchimento de uma condição), *quando tal se torne necessário para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas* (artigo 195.º/2 da C.R.P.).

Quanto às *competências* (*poderes*) do Governo, para além da condução política geral do país, destacam-se ainda as *competências em matéria política*, como a negociação de convenções internacionais ou a apresentação de propostas de lei (artigo 197.º da C.R.P.), a *competência legislativa própria* em matérias não reservadas à Assembleia da República (artigo 198.º/2 da C.R.P.) e a *competência administrativa*, onde se inclui a execução do Orçamento do Estado, a elaboração de regulamentos, a direcção da Administração directa do Estado, a superintendência da administração indirecta e a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma (artigo 199.º da C.R.P.).

4.3. A forma de governo em Portugal

Atendendo a tudo quanto se disse sobre os órgãos do poder político, é fácil compreender que Portugal apresenta, no que respeita à caracterização da sua forma de governo, notas características do regime parlamentar, do regime presidencial e do regime semipresidencial ou misto parlamentar-presidencial. Vejamos.

A forma de governo portuguesa aproxima-se do *regime parlamentar* na parte em que apresenta um *i) governo* dotado de autonomia e dirigido por um Primeiro-Ministro; *ii)* o Governo é *politicamente responsável* perante a Assembleia da República, e para além de se submeter a questões colocadas pelos grupos parlamentares (artigo 180.º/2 *c)* e *d)* da C.R.P.) terá de se demitir nos casos em que seja rejeitado o programa do Governo, não seja aprovada uma moção de confiança ou seja aprovada uma moção de censura (artigos 192.º a 194.º e 195.º/1*d), e)* e *f)* da C.R.P.); e *iii)* alguns autores vêem também na *referenda ministerial* de alguns actos do Presidente da República (cuja falta determina a inexistência dos actos jurídicos) outro traço característico do regime parlamentar. Todavia, parece-nos que neste caso a referenda não pode reconduzir-se verdadeiramente a um traço do parlamentarismo, na medida em que, entre nós, ela não só não abrange os actos onde tipicamente no sistema parlamentar se impõe uma responsabilização (ou corresponsabilização) do Governo por actos do chefe de Estado, como é o caso da dissolução do parlamento. Em boa verdade, a referenda é um instituto jurídico-político que não faz muito sentido no sistema político português, onde o Presidente da República tem legitimidade democrática directa. E se pensarmos na referenda de actos legislativos do Parlamento promulgados pelo Presidente, concluiremos que esta pode traduzir-se numa dimensão de *governamentalização*

do modelo — o que é acontece se o Governo não referendar uma lei da Assembleia da República promulgada pelo Presidente?

As notas características do *presidencialismo* resultam *i)* da *eleição directa do Presidente da República*, que tem uma fonte de legitimidade autónoma e muito forte, pois é um órgão unipessoal eleito por sufrágio directo e pelo método maioritário (artigo 121.º da C.R.P.); *ii)* dos *poderes de veto político* dos diplomas legislativos da Assembleia da República e do Governo, sendo que só no primeiro caso o veto pode ser superado por confirmação do diploma por uma maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções (artigo 136.º da C.R.P.); e *iii)* a existência de *poderes de direcção política* por parte do Presidente, em especial, o poder de dissolver a Assembleia da República sem qualquer condicionalidade (artigo 133.º/*e)* da C.R.P.), o poder de demitir o Governo, neste caso condicionado pela circunstância de essa ser uma medida necessária para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas (artigos 133.º/*g)* e 195.º/2 da C.R.P.), o denominado "poder da palavra", que se traduz no poder de influência política, tanto nas mensagens que dirige à Assembleia da República, como nas mensagens que dirige ao Governo ou mesmo à população através da comunicação social, da página *web* e das redes sociais.

Por último, a nossa forma de governo apresenta ainda notas características do *regime semipresidencial* ou *parlamentar presidencial*, que se traduzem na *i) eleição directa dos dois* órgãos *de soberania*, o Presidente da República e a Assembleia da República; *ii)* na consequente *dupla responsabilidade do Governo*, perante a Assembleia da República e perante o Presidente da República, pelos mecanismos e instrumentos que já foram referidos; *iii)* na possibilidade de *o Presidente poder, por iniciativa própria, dissolver a Assembleia da República*, sem necessitar de um impulso do Governo ou da referenda desse acto; *iv)* na

configuração do *governo como órgão constitucional autónomo*; e *v)* no reconhecimento de *poderes de direcção política por parte do Presidente da República*.

Uma última nota para justificar o *carácter pluriforme* da forma de governo portuguesa. No essencial, importa perceber que a Constituição e as normas jurídico-constitucionais sobre a organização e o funcionamento do sistema político não podem ser interpretadas como meras regras jurídico-organizatórias e por isso não existem respostas jurídicas nem soluções jurídico-judiciais para muitas questões que podem surgir no âmbito do respectivo processo aplicativo. Tratando-se de *normas político-organizatórias* algumas dessas respostas devem ser encontrados no próprio processo político de discussão e debate de ideologias e até na razoabilidade e na subjectividade dos eleitos — afinal a democracia constitucional continua a ser um sistema de poder dos Homens sobre os Homens mediado por regras e princípios normativos, que não eliminam nem neutralizam o factor humano, pois se assim fosse não faria sentido falarmos ainda em ciência política.

> Por exemplo, (retomamos este exemplo inicial) a Constituição não tem resposta para problemas como a não promulgação nem veto de uma lei decorrido o prazo constitucionalmente fixado no artigo 136.º de 20 ou 40 dias para que o Presidente da República tome uma atitude em relação aos actos legislativos que lhe são enviados. Alguns entendem que este prazo tem efeitos cominatórios, mas na verdade é um prazo político e o seu incumprimento determina responsabilidade política por parte do Presidente da República.
>
> Também se discutiu muito, aquando da formação do XXI Governo constitucional português, como já dissemos, o sentido do artigo 187.º/1 da Constituição não só para discutir a interpretação mais correcta (vence o partido mais votado e deve ser a pessoa indicada por este a que é nomeada como Primeiro-Ministro ou vence

a formação parlamentar que conseguir alcançar maior suporte parlamentar e deve ser a pessoa indicada por essa formação a ser nomeada como Primeiro-Ministro?; e essa formação pode ser "informal" ou exige-se um "acordo parlamentar escrito" para suportar aquela indicação?; e é suficiente o "acordo parlamentar escrito" ou é necessário que o Governo seja suportado por uma coligação formada pelos partidos que viabilizam essa solução governativa?), mas igualmente para saber se o Presidente da República é livre na interpretação que faz do resultado eleitoral ou se está subordinado à interpretação que é veiculada pela Assembleia da República.

Isto significa, também, que a caracterização em concreto da forma de governo vai oscilando em função dos arranjos político-partidários que se sucedem no tempo. Em fases de maiorias parlamentares absolutas que suportam o Governo, o sistema aproxima-se de um modelo parlamentar, onde a condução da política pelo Governo ganha primazia e por isso os poderes de controlo do Presidente sobre o Governo são muito relevantes; já em momento em que o Governo é suportado por minorias parlamentares ou por acordos parlamentares frágeis, o eixo da condução da política tende a ficar mais na dependência do parlamento e os poderes do Presidente da República, quer pelo uso da palavra, quer pelo controlo político directo sobre aquele órgão (poder de dissolução) assumem maior relevo. Para além disso, a própria personalidade do Presidente da República e o modo como este interpreta os seus poderes institucionais e a sua função política no sistema português são muito importantes, em especial nas comunicações que faz e no modo como se relaciona com os restantes órgãos políticos.

Por exemplo, o Presidente Jorge Sampaio, em 2004, apesar de existir uma maioria parlamentar PSD/CDS, decidiu dissolver a Assembleia da República, fundamentando a sua decisão na falta de credibilidade do Primeiro-Ministro Pedro Santana Lopes; já o Presidente Aníbal Cavaco Silva nunca dissolveu a Assembleia da República, mas

> utilizava o "poder da palavra" para assinalar aspectos da Governação que considerava prejudiciais para o interesse público e muitos analistas viram nesses discursos as causas da demissão do XVIII Governo.

5. Princípio da independência do poder judicial

O último ponto que integra o programa desta unidade curricular é o estudo do *princípio da independência do poder judicial*, por ser o traço característico mais relevante entre nós do *poder* ou *função jurisdicional*.

De acordo com o artigo 202.º da C.R.P., os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, cabendo-lhes assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. Assim, a *função jurisdicional* tem como principais missões a *defesa de direitos e interesses legalmente protegidos* e a *garantia da legalidade democrática*, o que significa que os tribunais têm uma relevante função na garantia a ordem jurídica.

Para cumprirem a sua função, a Constituição garante aos tribunais *independência*, mas determina a sua *subordinação exclusiva* à lei e à *Constituição*, o que significa que o juiz não se guia nem se pode guiar por critérios de oportunidade, nem cuida da prossecução do interesse público (isso é tarefa, como já vimos, da Administração Pública, conduzida pelo Governo), mas apenas pela legalidade — o direito produzido pelas instituições democráticas —, entendida, porém, no sentido amplo de juridicidade, como vimos aquando do estudo do princípio da legalidade da administração. Aliás, mais do que subordinar os tribunais à legalidade, o legislador constituinte confere-lhe o poder de *fiscalização permanente da constitucionalidade das normas legais que aplicam nas respectivas decisões*

quando estipula no artigo 204.º da C.R.P. que nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

> *Por exemplo*, no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de Novembro de 2015 (proc. 103/15), pode ler-se o seguinte: "tem sido, aliás, jurisprudência uniforme deste Supremo Tribunal, que as questões respeitantes a violação de princípios e parâmetros constitucionais devem ser obrigatoriamente conhecidas pelo juiz logo que delas haja notícia no processo, quer as mesmas sejam trazidas aos autos pelas partes na fase inicial do processo, petição inicial, quer na fase final, alegações prévias à sentença (…). No caso concreto, como refere o Ministério Público, resulta assente que o RTTL do Município da Guarda não menciona a Lei que o legitima (…), pelo que a ausência desse elemento formal constitucionalmente necessário determina a sua inconstitucionalidade formal (…), sendo que o tribunal recorrido tem competência para apreciar a questão da constitucionalidade da norma regulamentar em questão (cfr. o citado art. 204º da CRP)".

Todavia, como vimos aquando da interpretação constitucional, podem surgir divergências entre a interpretação que um tribunal ordinário (tribunal judicial ou tribunal administrativo) faça de uma lei ordinária e o juízo quanto à sua conformidade constitucional e a interpretação que nesse mesmo caso o Tribunal Constitucional venha a fazer, prevalecendo sempre a opinião deste último, como estudaremos melhor a propósito do controlo de constitucionalidade.

> *Por exemplo*, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Junho de 2016 (proc. 781/11.6TBMTJ.L1.S1) discutiu-se se a interpretação do artigo 674.º do Novo Código de Processo Civil, na medida em que limita o conhecimento da matéria de facto pelo Supremo Tribunal de Justiça, se deveria interpretar como uma violação do artigo 20.º da C.R.P., que assegura a todos uma tutela

> jurisdicional efectiva. O STJ reportou-se ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 561/2014, que, conhecendo de questão idêntica, considerou que aquela norma «não violava o direito de acesso aos tribunais, não se vislumbrando também que violasse qualquer directriz do direito a um processo equitativo, não fazendo qualquer sentido a convocação dos princípios da igualdade e da intangibilidade do caso julgado na fiscalização da constitucionalidade da referida norma». Consequentemente, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional a norma constante dos artigos 674º do Novo Código de Processo Civil, na interpretação de que é proibida a reapreciação da prova gravada pelo Supremo Tribunal de Justiça, nos casos em que a decisão da Relação incide sobre matéria fáctica nova contra a qual o Recorrente não pôde produzir prova. Neste caso o STJ limitou-se a seguir a interpretação já firmada pelo Tribunal Constitucional.

A Constituição regula ainda aspectos do funcionamento dos tribunais e do sistema de justiça (artigos 205.º a 208º), bem como a organização judicial, ou seja, as tipologias de tribunais existentes em Portugal e as respectivas competências (artigos 209.º a 214.º), sem prejuízo do respectivo desenvolvimento legal — *ver esquemas*.

Jurisdição Administrativa e Fiscal

Supremo Tribunal Administrativo
(secções em matéria de contencioso administrativo e contencioso tributário)

Tribunais Centrais Administrativos
(secções em matéria de contencioso administrativo e contencioso tributário)

Tribunais Administrativos de Circulo e Tribunais Tributários de 1.ª instância ou (quando agregados) Tribunais Administrativos e Fiscais

Jurisdição dos Tribunais Judiciais

Supremo Tribunal de Justiça
(secções em matéria cível,
em matéria penal e em matéria social)

Tribunais da Relação
(secções em matéria cível, em matéria penal, em matéria social, em matéria de família e menores, em matéria de comércio, de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão)

Tribunais de Comarca
(Tribunais de competência especializada: Cível; Criminal; Instrução criminal; Família e menores; Trabalho; Comércio; Execução)

(Tribunais de competência territorial alargada: Tribunal da propriedade intelectual; Tribunal da concorrência, regulação e supervisão; Tribunal marítimo; Tribunal de execução das penas; Tribunal central de instrução criminal)

Importa sublinhar que os tribunais administrativos e fiscais, aos quais está constitucionalmente confiada a missão de julgarem a legalidade (juridicidade em sentido amplo) da actividade administrativa (ou seja, da actividade desenvolvida pelos órgãos da Administração Pública ou por entidades a quem estes deleguem a prossecução das tarefas de interesse público) e dos actos tributários (os que definem a obrigação tributária dos contribuintes) constituem hoje verdadeiros tribunais, independentes, que asseguram os direitos e os interesses legalmente protegidos dos administrados e dos sujeitos passivos dos tributos, e cujas decisões, quando desfavoráveis à Administração Pública ou à Administração Tributária, são executadas de forma efectiva.

Para além do Tribunal Constitucional, da jurisdição dos tribunais judiciais e da jurisdição administrativa e fiscal, existem no sistema judiciário português, o Tribunal de Contas, os tribunais arbitrais (que são tribunais *ad hoc*, com ou sem institucionalização em centros de arbitragem) e os julgados de paz[54]. Os tribunais militares, também previstos na Constituição, só são constituídos durante a vigência do estado de guerra.

Vista — de forma breve — a organização judiciária portuguesa, interessa-nos, essencialmente, cuidar da sua função e de caracterizar a respectiva independência em relação aos restantes poderes/órgãos de soberania.

A *independência* do poder judicial é assegurada não só no plano funcional — analisando o modo como os tribunais estão organizados e as regras a que estão vinculadas na tomada das suas decisões —, mas também através do estatuto dos próprios magistrados.

Segundo a Constituição, os *juízes* dos tribunais judiciais (o que é também válido hoje para os juízes dos tribunais administrativos e fiscais) formam um corpo único e são recrutados por procedimentos legalmente conformados, seguindo-se depois uma progressão na carreira para acesso aos tribunais superiores (sem prejuízo de ao concurso para o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Administrativo poderem concorrer também juristas de mérito). Quer isto dizer que em Portugal os juízes dos tribunais supremos são recrutados com base em critérios de mérito científico e técnico (artigo 215.º da C.R.P.)[55] e não por processo electivo ou por nomeação política.

---

[54] Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 54/2013, de 31 de Julho.

[55] A Lei n.º 2/2008, de 14 de Janeiro, regula o ingresso nas magistraturas, a formação de magistrados e a natureza, estrutura e funcionamento do Centro de Estudos Judiciários.

> Por exemplo, o *Supreme Court* dos Estados Unidos da América é integrado por nove magistrados, sendo um deles o *Chief Justice of the United States* (que é o representante máximo do poder judicial naquele país), o qual é nomeado para o cargo pelo Presidente e confirmado pelo Senado, e por mais oito magistrados (*associate justices*), igualmente nomeados pelo Presidente e confirmados pelo Senado. Neste caso a nomeação é vitalícia e os juízes só "perdem os seus lugares" por reforma, jubilação ou por *impeachment* se deixarem de ter "bom comportamento", na fórmula utilizada na Constituição norteamericana.

Cada jurisdição conta com um Conselho Superior, ao qual compete a nomeação, colocação, transferência e promoção dos respectivos magistrados. Estes Conselhos Superiores são integrados por membros designados pelo Presidente da República, membros eleitos pela Assembleia da República e juízes eleitos pelos respectivos pares (artigos 217.º e 218.º da C.R.P.), mas apesar da natureza politizada deste órgão, tal não é suficiente para afectar a natureza independente do poder judicial.

Com efeito, o artigo 216.º da C.R.P. consagra as garantias essenciais para assegurar a independência dos juízes no exercício da sua função, quando assegura que estes, sem prejuízo de incompatibilidades legais que o legislador estabeleça: *i)* são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei; *ii)* não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as excepções consignadas na lei; *iii)* em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas, nos termos da lei; *iv)* em exercício não podem ser nomeados para comissões de serviço estranhas à actividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente.

Já o Tribunal Constitucional (artigos 221.º a 224.º da C.R.P.), que — como temos vindo a reiterar e veremos melhor ao estudar o tema do controlo de constitucionalidade — não é um verdadeiro tribunal judicial e sim um tribunal político-jurisdicional que julga as matérias da constitucionalidade dos actos legislativos, o contencioso eleitoral e outras questões de natureza jurídico-constitucional (artigo 223.º da C.R.P.), tem regras próprias em matéria de composição e funcionamento. Assim os respectivos juízes são designados de acordo com o disposto no artigo 222.º da C.R.P., sendo o Tribunal Constitucional composto por treze juízes — dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes — dos quais seis são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais. Estes juízes exercem um mandato de nove anos não renovável (o que é também garantia da independência) e gozam de garantias semelhantes aos restantes juízes.

No caso do Tribunal de Contas (artigo 214.º da C.R.P.) — órgão judicial que fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efectiva responsabilidades por infracções financeiras — o respectivo presidente é nomeado (e exonerado) pelo Presidente da República, mediante proposta do Governo (artigo 133.º/*m)* da C.R.P.), o qual pode fazer parte dos juízes daquele tribunal ou não. Os juízes do Tribunal de Contas são recrutados mediante concurso curricular, realizado perante um júri constituído pelo Presidente do Tribunal de Contas, pelo vice-presidente, pelo juiz mais antigo e por dois professores universitários, um de Direito e outro de Economia, Finanças, Organização e Gestão ou Auditoria, designados pelo Governo.

A *independência do poder judicial* relativamente ao poder político é uma pedra angular do Estado de direito democrático e por isso é essencial garantir todas as condições

para que a mesma seja assegurada. Todavia, isso não invalida que os juízes sejam pessoas humanas, com mundividências próprias, que, mesmo de forma inconsciente, acabam por transportar para as suas decisões, mas isso não é suficiente para neutralizar a referida independência do poder judicial, pois o que importa assegurar é que, quer no respectivo processo de recrutamento, quer nas condições relacionadas com o exercício da sua função, quer ainda com outras condicionantes da existência humana, estes juízes não fiquem em situação de dependência relativamente a grupos políticos, grupos de interesse ou mesmo outras forças sociais.

Questão diferente é o que sucede no Tribunal Constitucional, onde apesar de os juízes gozarem das mesmas garantias de independência, o procedimento que está subjacente à sua nomeação encerra uma carga de expectativas políticas quanto ao sentido das suas decisões futuras — expectativas que se podem depois revelar frustradas durante o exercício legítimo do respectivo mandato com a independência que a Constituição e a lei lhes asseguram. Com efeito, este órgão judicial foi conformado pelo legislador constituinte com este sentido (o de que representa o pluralismo político-partidário da sociedade portuguesa), precisamente por ser um órgão ao qual estão cometidas importantes funções políticas, incluindo o próprio julgamento de inconstitucionalidade dos actos normativos, que, como vimos está muito distante de uma tarefa técnica. Neste caso a *independência* existe também, quer quanto à proibição de interferência dos órgãos do poder político no regular funcionamento do Tribunal Constitucional, quer em relação aos juízes durante o exercício do respectivo mandato, apesar do cunho político-partidário que está associado ao respectivo processo de nomeação e à função desempenhada por aquele órgão.

Leituras complementares aconselhadas:

- J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª edição, Almedina Coimbra, 2003
- Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, 2002
- Paulo Otero, *Direito Constitucional Português Volume II - Organização do Poder Político*, Almedina, 2010
- J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I (Artigos 1.º a 107.º), Coimbra Editora, 2014
- J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II (Artigos 108.º a 296.º), Coimbra Editora, 2014

Leituras para aprofundar os conhecimentos:

- Paulo Otero, *Instituiç*ões Políticas e Constitucionais, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2009
- Paulo Otero (Coordenação), Alexandre Sousa Pinheiro, Pedro Lomba, *Comentário à Constituição Portuguesa - III Volume 1.º Tomo (Princípios Gerais da organização do Poder Político, artigos 108º a 119º)*, Almedina, Coimbra, 2008
- Giorgio Agamben, *Estado de Excepção,* Edições 70, 2015
- Luís Pereira Coutinho, *Teoria dos Regimes Pol*íticos*,* AAFDUL, Lisboa, 2013

INDICE